

中国会社立法の展開と

機関に関する日本法からの示唆(3)・完

王 作 全

目 次

緒 言

第一章 中国会社法成立の過程

第一節 序 説

第二節 国有企業の改革と企業法の成立

一 企業自主権拡大の改革と企業法制度の初步的整備

- (1) 企業自主権拡大の改革
- (2) 法制度の重要性に対する認識
- (3) この時期の国有企業の経営管理体制に関する国の主な方針
- (4) 国有企業の経営管理機構の法的構造
- (5) まとめ

二 企業の所有権と経営権をめぐる改革と国有企業法の成立

- (1) 企業の所有権と経営権の分離、いわば「両権分離」の改革
- (2) 国有企業の経営管理体制に関する更なる法整備
- (3) 国有企業の経営管理機構構造の法的変化

三 国有企業経営メカニズム転換の改革と経営メカニズム転換条例

- (1) 国有企業の経営メカニズム転換の改革
- (2) 「条例」における国有企業経営管理体制の法的変化
- (3) まとめ

第三節 中国外資系企業立法の展開

一 外国資本の導入に関する国の方針

二 中外合弁企業に関する法整備

- (1) 中外合弁企業立法の背景

(2) 合併企業法とその実施条例の主な内容と特色

(3) 合併企業法の実施における諸問題

三 中外合作企業に関する法整備

(1) 中外合作企業法の制定

(2) 合作法と合併法の相違（合作法の主な内容）

(3) 合作企業法における合作者の責任問題

四 外資企業法の法整備

(1) 外資企業法の制定

(2) 外資企業法の概要

(3) 外資企業法の諸問題

五 外資系企業に関する地方立法と法の適用関係

(1) 広東経済特別区涉外会社条例の制定および特色

(2) 外資系企業法と諸会社法規との適用関係

六 まとめ

第四節 中国における企業連合・企業集団の発展と法規制の問題

一 序 説

二 企業連合・企業集団の発展過程

(1) 専業会社・連合会社の発展段階

(2) 企業間の「横割り連合」の推進段階

(3) 企業集団の発展段階

三 企業連合・企業集団の法規制の若干の問題

(1) 企業連合・企業集団に関する主な法規定

(2) 法規制の若干の問題

四 まとめ

第五節 株式制による企業改革と会社法立法の展開

一 序 説

二 企業改革の深化と株式制論の登場

(1) 「放」と「収」の悪循環

(2) 株式制導入をめぐる賛否両論の対立

三 政策の展開と株式制導入の試行過程

(1) 大中型国有企業での試行の正式容認

(2) 株式制議論の新たな展開

(3) 株式制試行の第一次ピークおよびその問題点

四 現代企業制度確立による改革と会社法の成立

(1) 現代企業制度確立論の登場

(2) 株式制試行の新たな展開

(3) 会社立法の展開 (以上、三二卷一号)

第二章 中国会社法上の株主総会

第一節 株主総会の意義と権限

一 株主総会の意義

- (1) 日本法上の株主総会の意義
- (2) 中国の会社法規における株主総会の意義

二 株主総会の権限

- (1) 株主総会の権限事項
- (2) 株主総会の決議方法

第二節 株主の経営参加

一 株主の権利

- (1) 統一会社法における株主の権利
- (2) その他の会社法規における株主の権利

二 株主の議決権

三 株主の監督是正権

第三節 株主総会の運営

一 序説

二 株主総会の招集時期および招集権者

三 株主総会の議事など（以上、三二卷二号）

第三章 株式会社の取締役会・取締役・經理

第一節 序説

第二節 取締役会の法的地位およびその権限

一 取締役会の意義

二 取締役会の構成および権限

(1) 取締役会の構成

(2) 取締役会の権限

三 取締役会の招集および決議

(1) 取締役会の招集

(2) 取締役会の決議

第三節 取締役と經理

一 序説

二 取締役

(1) 取締役の選任・解任

(2) 取締役の権限

三 経理

- (1) 経理の意義
- (2) 経理の権限

四 会社の代表者問題

- (1) 序 説
- (2) 会社の代表者制度をめぐる立法の展開
- (3) 会社代表者制度の問題点およびそのあり方

第四節 取締役・経理の義務および責任

一 序 説

二 日本法における取締役の義務および責任

- (1) 取締役の義務
- (2) 取締役の責任
- (3) まとめ

三 中国法における取締役・経理の義務および責任

- (1) 取締役・経理の義務
- (2) 取締役・経理の責任
- (3) 取締役・経理の義務および責任に関する規定の問題

第四章 株式会社の監査制度

第一節 序 説

第二節 董事長による監督体制

一 日本法における取締役会の監督体制

二 中国法における董事長による監督体制

(1) 法規定の変遷

(2) 董事長の監督機能の法的内容

第三節 監査役会の監査体制

一 監査役会制度の導入

(1) 日本法における監査役会の法定化

(2) 中国における監査役会制度導入の背景

二 監査役会の法的性格と構成

(1) 監査役会の法的性格

(2) 監査役会の構成

三 監査役会の職務権限

(1) 監査役会の意義

(2) 監査役会の職務権限

四 監査役の義務および責任

(1) 監査役の義務

(2) 監査役の責任

第四節 株式会社の会計監査制度

一 序説

二 会社内部の会計制度の確立による会計監督制

三 会計検査機関および会計検査員による会計検査制

(1) 会計検査制の導入および法整備

(2) 会計検査監督制の主な内容

(3) 会社と会計検査監督制の関係

四 公認会計士による会計監査制

(1) 公認会計士による会計監査制の実施

(2) 公認会計士による会計監査制の内容

五 まとめ

結語

(以上、本号)

第三章 株式会社の取締役会・取締役・經理

第一節 序説

周知のとおり、中国で、改革開放の路線が実施されて以来、最初にそれまでの国有企業や集団所有制企業制度とまったく異なる会社制度の導入を試みたのが外国の資本の導入のために認めた外資系企業（外資系企業とは中外合弁企業、中外合作企業および全額外資企業を指すが、そのうち、最初に認めた中外合弁企業が最も代表的で、注目されている企業形態である）の設立・運営においてである。この外資系企業に関しては、その組織形態として、有限責任形態を認め、その運営組織機構として、特に中外合弁企業の場合には、日本の株式会社・有限会社における所有者による意思決定機関である株主総会・社員総会のような機関の設置をまったく要求せず、取締役会の設置を義務付け、かつそれを会社の最高意思決定機関としているのがその最大の特徴とも言うべきであり、最も注目され、かつ議論される課題の一つになった。⁽¹⁾

また、一九八四年以後、国有企業を中心に既存企業の活性化を図るために企業の所有権と経営権の分離の理論に基づく企業の改革が次第に改革全体の主流となり、企業の所有権と経営権、ひいては政府の行政機関と企業を分離させる最も有効な手段として企業の株式制度化が主張され、それによる改革の実験活動も公式に認められ、大いに推進されるようになったことは前述のとおりである。したがって、かような改革により設立された株式制企業においては、実験活動の初期における株式制企業に対する認識の不足に加えて、法整備の立ち遅れが最大の原因となってその機関構造には様々な類型が見られたと言われる時期もあった。⁽²⁾しかし、一般的には、企業の所有権と経営権、行政機関と企業の分離を実現するために、合併企業法などに認められなかった出資者による意思決定機関として株主総会また

は社員総会の設置が認められ、また経営権を行使する機関として取締役会などの設置が要求されている。^③特に株主総会のほかに会社の経営権を行使するための機関として取締役会の設置を要求し、そしてこれを通して所有と経営、行政と企業の分離を実現するという企業改革の狙いもあって、^④株式会社における取締役会は、株主総会よりその当初から注目され、その設置および法的地位、行使すべき権限などについてよく議論され、研究されるようになった。^⑤

ただし、改革開放以来の外資系企業立法にせよ、または一般会社法の立法にせよ、会社の業務執行体制については、日本の商法の場合のように、最初は各自業務執行・各自代表制に基づく取締役を会社の業務執行機関としていたが、後にこの会社の業務執行機関たる取締役を取締役会と代表取締役に二分化したというような変革を経験することなく、会社の業務執行機関、とりわけ業務執行の意思決定機関として、当初より取締役会の設置が要求されている。また、中国会社法規においては、一概に言えない面もあるにしても、会社の業務執行体制については、概ね、取締役会は、主に会社の業務執行に関する意思決定機関として位置付けられ、これに対し、董事長および經理は、会社の業務執行自体および会社の代表機関として位置付けられるという経営体制が採られていると言えよう。^⑥

また、統一会社法とその他の会社法規は、若干の規定上の相違点があるにしても、いずれも、董事長は会社の法定代表者であると定め、会社の日常業務執行は經理がこれを統括して行うと定めている。しかし、実際上の業務執行者と見られる經理の代表権が法定されていないのみならず、代表権を含め經理の行使しうるすべての権限も定款の規定または取締役会の決議による授權とされている法規が多いため、取引の安全保護が最大の問題になるとしばしば指摘される。^⑦なお、統一会社法を含む中国の諸会社法規の間に、会社の業務執行機関に関する規定に様々な相違点が見られるため、中国の会社法規における会社の業務執行機関の法的地位、機能および会社の代表権制度などを正確に把握するのはきわめて困難であることも指摘しておきたい。

第二節 取締役会の法的地位およびその権限

一 取締役会の意義

(イ) 日本の商法は、取締役会の意義などについて取締役会は、会社の業務執行を決定し、取締役（代表取締役と業務執行取締役）の業務執行を監督すると定めている（商法二六〇条一項）ほか、取締役会の具体的な権限として定款による株式譲渡の制限のある場合の株式譲渡の承認・不承認および先買権者の指定権（商法二〇四条一項但書・二〇四条ノ二・二〇四条ノ五）、額面株式と無額面株式の相互転換の決定権（商法二二三条一項）、株式分割決定権（商法二二八条一項）、定款による上限のみの定めのある場合の優先株の具体的優先配当額の決定権（商法二二三条二項但書・二八〇条ノ二第一項一号）、定款による定めのない場合の転換株式の転換条件および転換期間の決定権（商法二二三条ノ二第二項）、株主総会の招集決定権（商法二二三条）、代表取締役の選任・解任権および共同代表の決定権（商法二六一条一項・二項）、取締役の競業取引および取締役会社間の取引（間接取引も含む）の承認権（商法二六四条一項・二六五条一項）、通常の新株発行および社債・転換社債発行の決定権（商法二八〇条ノ二第一項・二九六条・三四一条ノ二第二項）、法定資本準備金の資本組入決定権（商法二九三条ノ三）、定款による中間配当の定めのある場合の中間配当決定権（商法二九三条ノ五第一項）、重要な財産の処分権および譲受決定権、多額の借材決定権、支配人その他の重要使用人の選任・解任権、支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止決定権（商法二六〇条二項）のほか、商法特例法における大会社の一定の条件のもとでの貸借対照表・損益計算書の確定権と小会社における取締役会社間の訴えの会社代表者の決定権（商法特例法一六条一項・二四条一項）など、数多くの権限が定められている。

これらの取締役会の具体的な権限のうち、①重要な財産の処分および譲受、②多額の借材、③支配人その他の重要

な使用人の選任・解任、④支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止その他の重要な業務執行に関する決定権をその下位の機関である代表取締役などに委ねることはできないと明文で定められている(商法二六〇条二項)が、それ以外の取締役会の具体的な権限も、これらをその下位機関である代表取締役などに委ねることはできないと解されている。^⑧ それどころか、取締役会の専属権限の定款による拡大も十分可能であるという見解もある。^⑨

これらの具体的な権限以外の決議事項の下位機関への委任の可否については、見解の分かれるところであるが、上述のように商法二六〇条二項によって下位機関への委任を禁止されている権限のなかに「その他の重要な業務執行」という文言があるため、一般に、上述の商法の認める取締役会の一般的業務執行(重要な業務執行を除く)の決定権(商法二六〇条一項)についてはこれを定款または取締役会の規則などによってその下位機関の代表取締役などに委ねることができる^⑩と解されている。

以上の分析からも明かなように、日本の商法においては、取締役会の法定権限は定款の定めによってその上位の機関である株主総会の決議事項に移されうることを^⑪除けば、そのほとんどが取締役会の専属権限であり、取締役会の決議だけで直接的効果が生じるものであるとされている。そのため、日本会社法における取締役会は、その構成員が上位機関である株主総会によって選任・解任されることがあっても、法的独立性の相当高い会社の業務執行機関として位置付けられていると言えよう。

(四) 日本の商法におけるこのような法的地位を有する取締役会に比べ、中国の会社法規における取締役会はいかなる位置付けを有するものとなっているのであろうか。

まず、取締役会の意義について統一会社法には、取締役会は会社の業務執行を決定し、取締役の業務執行を監督する権限を有するという、上述した日本の商法におけるような明確な規定が置かれていない。その代わりに、会社は五

名ないし一九名の取締役からなる取締役会を設置し、取締役会は株主総会に対して責任を負い、同法または定款に定める権限を行使すると定めているのである（会社法一一二条一項・二項・七九条七号）。この規定によれば、取締役会は、取締役全員によって構成される会社の必要的機関であり、法定の権限を有し、株主総会に対して責任を負う機関であると解しうるであろう。また、統一会社法に関する解説においては、株式会社の取締役会は、取締役の全員によって構成される会社の業務執行機関であり、その特徴は、株主総会の執行機構であると同時に、会議体機関であり、会社の必要的、かつ常置の機関として、会社の業務執行に関する意思決定をなすというところにある。かような取締役会の最も強い権限の一つは会社の業務執行を決定することであり、その範囲につき、法令または定款に定めている株主総会の決議事項以外のいかなる事項についても決定する権限を有すると解すべきであり、ただ、取締役会の業務執行決定権は、業務執行の重大問題に限られるべきであり、業務執行に関する日常事務の決定およびその執行自体は、取締役または董事長がそれを担当すべきである、と解されている。⁽¹²⁾

また、取締役会は、株主総会に対して責任をもち、会社の日常経営管理事務を經理に委任して担当させ、かつ經理に対して監督を行い、奨励する権限を有する機関であると解する見解もある。⁽¹³⁾

しかし、これらの解釈の多くは、あくまでも会社の業務執行機関である取締役会のあり方に関する一種の法理論的な説明にすぎず、会社法上の法規定に基づいてなされたものとは言えないであろう。また、後に述べるように、中国会社法規における共通の問題の一つでもあるが、上述の規定のなかの、取締役会が「株主総会に対して責任を負う」という規定の意味についていかに解すべきかが問題である。これについて、これは、近代的な法人理論からすると、まだ法人觀念が希薄であり、あるいは確定していない段階の認識であろうほか、法人そのものは実は大株主である国家であるという実態があるため、国家に対して責任を負うという意味合いが実質的にはあると説明している見解があ

るが、同感できる解説である。

次に、統一会社法以外の会社法規のうち、一部の法規は、取締役会の法的地位について取締役会は会社の常置意思決定機関（原語は「常置権力機構」）であり、株主総会に対して責任を負うと定めている（深圳国有企業株式化規定三〇条、株式規範五二条）が、そのうちの深圳国有企業株式化規定では、その構成員数について三名の取締役以上でなければならず、取締役会の権限について会社の定款がそれを定めるべきであると規定している（同規定二二条一項・三四条）のに対し、株式規範では、取締役会は五名以上の奇数構成員によって構成され、国家の法律・法規・同規範・会社の定款および株主総会の決議に従ってその職責を履行するが、同規範または定款によって定められている株主総会の決議事項以外の会社の重大業務執行について決議する権限を有すると定められている（同規範意見五二条二項・五四条・五五条二項）。したがって、同規範における取締役会は、前述の日本会社法における取締役会と同様に、法定の決議事項のほか、法律または定款で定める株主総会の決議事項以外のいかなる事項についても決定しうる業務執行機関とされていると言えよう。

また、上海株式規定も、取締役会について株式規範とほぼ同様な内容を定めている（同規定七五条・七六条二項）。このほか、深圳株式規定においては取締役会は、五名以上の取締役によって構成される株主総会の常置執行機関であり、株主総会の閉会期間中、会社の重要意思を決定し、株主総会に対して責任を負うものとされている（同規定一〇八条）。同規定によれば、取締役会は、まず株主総会の執行機関として総会によって決議された事項の執行を担当することになり、また、株主総会の常置機関として、閉会中の総会に代わって、もともと総会が決定する会社の一部の重要意思の決定を行うことができると解しうるであろう。

上述の諸法規において、取締役会が会社の常置意思決定機関または株主総会の常置執行機関とされていることにつ

いて、以下のような見解が見られる。すなわち、このような定め方は、中国の国家立法機関である全国人民代表大会とその常置機関である全国人民代表大会常務委員会との関係を真似たものであり、きわめて不適切である。けだし、株主総会と取締役会の関係は上の国家立法機関間の関係とまったく性質の異なるものであり、全国人民代表大会とその常務委員会は、ともに国家の立法機関（原語は「権力機関」）であり、前者の相当なる一部の権限は後者によって行使されうるのに対し、株主総会の法定権限が取締役会によって行使されることは絶対不可能だからである。また、取締役会が会社の「常置意思決定機関」であるという表現は、株主総会と取締役会との間の区別を混同させるおそれがあるのみならず、「企業の所有と経営の分離」体制を確立するためにその設置を考えた本来の狙いにも反するものである。したがって、新しい会社法（統一会社法を指す）は、このような定め方を取り除き、今日までの一部地方会社立法の経験を吸収して、取締役会の権限が厳密に会社の業務執行に関する意思決定および業務執行（原語は「経営決策および業務執行」）の範囲内に収められるべきである、と指摘する。¹⁵

新しい会社法¹⁶の制定においてその経験を吸収すべきものと指摘された地方会社法とは、海南条例と深圳株式条例のことである。実は、一九九三年五月に公布された広東条例も、取締役会の法的地位についてこの二条例とほぼ同様規定を定めている。これらの条例によれば、取締役会は三名以上の取締役によって構成される会社の業務執行に関する意思決定および業務執行を行う機関であると定められている（深圳条例九一条、海南条例九八条、広東条例一〇七条一項・二項）。ただし、深圳株式条例と広東条例においては、そのほか、上述の統一会社法などと同様に、取締役会が株主総会に対して責任を負うという法人観念の眞の成立にも係わる規定も定められている（深圳条例九一条一項、広東条例一〇七条一項）のに対し、海南条例では、このような規定が廃止されているのがきわめて印象的である。

これらの条例における取締役会の法的地位およびその一般的権限に関するかような規定の趣旨について中国会社科

学院法律研究所王保樹教授は以下のように解釈している。取締役会の業務執行意思決定（原語は「経営決策」）とは取締役会における決議方式（原語は「集団決議方式」）をもって会社の経営戦略・会社計画を決定することであり、業務執行とは業務執行自体でなく、業務執行に対して決定を行い、具体的な執行を他人に委任することである。しかも同教授は、中国の会社立法において取締役会の決議事項が一個の条文による列举方式を通じて集中的に定められているため、取締役会の合議制の性質が明確に示されていると強調している。^①

二 取締役会の構成および権限

(1) 取締役会の構成

統一会社法においては、会社の取締役会は、最少三名最多一九名の取締役にによって構成され、この範囲内の具体的構成員数については定款が定めるものとされている（会社法一一二条・七九条七号）。また、統一会社法には、取締役会は、一名の董事長を置き、一名ないし二名の副董事長を置くこともでき、董事長と副董事長は、取締役会において取締役全員の過半数によって選任されると定めている（会社法一一三条一項）。ほか、董事長は、会社の法定代表者であり、以下のような権限、すなわち①株主総会の主宰および取締役会の招集・主宰権、②取締役会の決議の実行状況に対する検査権、③会社の株券および社債券への署名権を有するが、副董事長は董事長の職務の履行を補佐し、董事長がその職務を履行しえない場合は、董事長の指定する副董事長が董事長の権限を代行すると定めている（会社法一一三条二項・一一四条）。

その他の会社法規も、統一会社法とほぼ同様に、取締役会の構成体制を定めているが、詳細に比べると、若干の相違点も見られる。

一九八〇年代後半に既存企業の株式制企業への改組を規制対象に制定された前述の会社法規における取締役制度に関する規定は、きわめて簡単なものである。一九八六年の深圳国有企業株式化規定においては、会社は三名以上の取締役によって構成される取締役会を設置しなければならず、取締役会是一名の董事長と、董事長の補佐役を担う副董事長を置き、董事長は会社の法定代表者であると定められているだけであり（同規定三〇条・三一条・三二条）、董事長の権限やその権限の履行不能のときの措置について何ら規定されていない。また、同年に制定された上海株式弁法においては、会社の取締役会は、株主総会によって選任される取締役と従業員代表大会によって選任される取締役によって構成され、取締役会是一名の董事長と若干名の副董事長を置くものとする（同弁法二〇条）、取締役会の構成員数、董事長の権限および副董事長との権限関係、会社の法定代表者などについて何ら規定していない。

これらの法規に対し、一九八八年に制定された福建株式規定は、一步前進する形で、取締役会の構成体制について以下のように定めている。すなわち、同規定は、株式制企業の取締役会は、三名以上の取締役にによって構成されるが、そのうちの一名は労働組合によって選任された従業員の代表である取締役にしなければならない。また、取締役会には、取締役会によって選任・解任される一名の董事長と若干名の副董事長を置くものとするが、董事長および副董事長が、政府または政府の授權部門によって選任・解任されることがすでに決められている株式制企業についてはこの限りでない。と定めるほか、董事長は①株主総会・取締役会を招集・主宰し、②取締役会の決議の実施状況を検査し、取締役に報告を提出し、③取締役会の閉会中において、会社の重要業務執行活動を指揮する権限を行使すると定めている（同規定三一条・三三条）。しかし、同規定においては、取締役会の構成などが会社の定款の記載事項に委ねられているため、取締役会の具体的員数についていかに定めるべきかが不明確であるほか、董事長と副董事長の権限関係

についての規定も、欠如しているため、それほど整備されたものとは言えないであろう。

以上の一九八〇年代後半に制定された法規と比べれば、一九九二年以後に制定・公布された会社法規は、その全体からみれば、会社の設立、運営体制を規制する会社組織法として制定されたものであるため、それなりに上述の法規よりある程度整備されており、取締役会制度に関する規定も、一段と整備された形になっている。

(イ) この時期において最も早く制定された一九九二年二月の深圳株式規定においては、会社は、五名以上の取締役によって構成される取締役会を設置しなければならず、五名以上の取締役の具体的員数について会社の定款がそれを定めるとされている(同規定一〇九条・一九条九号)ほか、取締役会は取締役会において取締役の互選によって一名の董事長と一名の副董事長を置き、董事長を会社の法定代表者とするが、会社外部の者が董事長を兼任することになった場合は、定款に会社の經理を会社の法定代表者とする旨を定めるべきであるとされている(同規定一一六条)。ただし、ここでいう外部の者とは、会社外部からの取締役を指しているのかまたは取締役でない外部からの一般の者を指しているのかが不明確であるが、仮に後者であるとすれば、取締役でないものであっても董事長に任命されうることになる。

また、深圳株式規定は、董事長の権限については、上述の福建株式規定に定められている三つの権限の以外に、①会社の株券およびその他の重要な書類への署名権、②会社の利益に適合し、事後に取締役会および株主総会に報告する義務があることを条件として重大事故(戦争などを指していることは他の会社法規の規定から推測しうる)または重大な自然災害の発生した緊急状況時における特別裁決権および処置権を認めており、董事長と副董事長の権限関係については、後者が前者の職務履行を補佐するものとし、また、原則として董事長が經理を兼任することを禁止する(後に触れるように、他の会社法規は、これを禁止していない)と定めている(同規定一二七条)。ただ、この董事長

と經理の兼任禁止の規定は、いかなる趣旨のものか明確ではないが、おそらく会社の業務執行に対する監督権を有する董事長が自ら實際の業務執行者たる經理を兼任することはその監督権の行使に不適切であることを配慮したものであろうと推測しうる。

(ロ) その他の会社法規においては、一九九二年五月に制定された上海株式規定は、取締役会の員数の最低限について規定せず、具体的な員数を定款の定めに乗せているが、会社の取締役会は取締役全員によって構成され、かような取締役会には一名の董事長、必要に応じて一名ないし二名の副董事長を置き、いずれも取締役全員出席の取締役会において選任・解任され、董事長は会社の法定代表者であるが、国家株または法人株が支配株となっている会社においては、董事長は国家または法人の代表機関が指名し、取締役会において選任されるものとする（同規定七五条・八〇条・八二条）。このほか、同規定は、董事長と副董事長の権限関係について、ただ後者は前者の補佐役であると定めただけで、董事長がその権限を行使しえない場合にいかなる措置を取るべきかについて何らの規定も定められていない。また、董事長の権限として定めているものも、上述の深圳株式規定とまったく同様である（同規定八三条）。

董事長の、取締役会の閉会中における会社の重要な業務執行活動の指揮権と重要な書類への署名権の二点を除けば、株式規範も、董事長の権限として同様なものを定めている（同規範五九条）。また、同株式規範は、取締役会の構成員数について、それは五名以上の奇数の取締役によって構成され、五名以上の取締役の具体的員数は定款の定めによるものとする（同規範五二条二項・一七条九号）ほか、董事長は、取締役全員の三分の二以上の多数によって取締役から選任され、解任も同様な方法によるものとしている。董事長は、会社の法定代表者であるが、同董事長が法定代表者の任務を担当しえない場合の措置については、定款で規定すると定めている（同規範五八条・五九条）。なお、

その他の会社法規におけるような副董事長についての規定をしていないのが同規範の特徴の一つであると言える。

また、深圳株式条例は、董事長がその権限を行使しえないとき、副董事長が董事長を代行してその権限を行使すると定めている（同条例一〇一条）のに対し、広東条例は、かような場合には、取締役会が董事長の権限の行使を代行する一名の副董事長を指定すると定めている（同条例一一四条）。また深圳株式条例の特有の規定であるが、同条例には、取締役会は、取締役会の日常事務を担当し、取締役会によって任命され、同会に対して責任を負う秘書役を置くものとするという定めがある（同条例一〇三条）。これらの相違点を除けば、深圳株式条例と広東条例は、取締役会の構成体制についてまったく同様な規定を定めている。すなわち、取締役会は三名以上の取締役からなる機関であり、最低限以上の取締役の員数は定款に定めるものとしている（深圳条例九一条二項・二一条一〇号、広東条例一〇七条二号・七三条一号）ほか、取締役会は取締役全員の過半数の同意（広東条例では、取締役全員出席の取締役会における取締役の過半数による）によって選任される一名の董事長を置かなければならず、また、会社は定款の定めにより、董事長の選任と同様な方法によって一名ないし二名の副董事長を置くことができるが、後者は前者の職務の履行を補佐するものであると定めている（深圳株式条例九九条・一〇一条、広東条例一一二条・一一四条）。このほか、董事長の権限として、この二つの条例は、①株主総会を主宰し、取締役会を招集・主宰すること、②取締役会の決議の実施状況を検査し、取締役会に報告を提出すること、③会社株券、債券およびその職権範囲内の書類に署名すること、④会社の定款の規定または取締役会の決議により与えられたその他の職権を挙げている（深圳株式条例一〇〇条、広東条例一一三条）。

一九九二年七月に制定された海南株式条例も、取締役会の構成体制について、深圳株式条例と広東条例とほぼ同様な内容を定めている。すなわち、同条例は、会社の取締役会は三名以上の取締役にによって構成され、取締役会には、

取締役会における取締役の過半数の同意によって選任される一名の董事長を設置しなければならない、また定款の規定により同一の方法によって一名の副董事長を設置しうるものと定めている（同条例九八条・一〇二条）。また、董事長の権限および副董事長との権限関係について、董事長は、会社の法定代表者であり、①株主総会および取締役会を主宰し、②取締役会の決議実施状況を検査し、取締役会に報告を提出し、③取締役会の閉会中において会社の重要な業務執行活動を指揮し、④株主総会または定款の授權によるその他の職権を行使するものとともに、董事長が特段の事由によりその権限を行使しえない場合には、副董事長がその権限の行使を代行するが、副董事長が設置されていないとき、または副董事長が特段の事由があつてその履行ができない場合には董事長が一名の代行取締役を指定すると定めている（同条例一〇二条）。

(2) 取締役会の権限

(イ) 中国の会社法規では、取締役会の権限も、株主総会のそれと同様に、一個の条文により明確に列挙されている。統一会社法は、取締役会の法定権限として以下のようなものを挙げている。すなわち、①株主総会の招集を決定し、かつ総会に業務執行を報告すること、②株主総会の決議を執行すること、③会社の経営計画および投資案を決定すること、④会社の年度財務予算案および決算案を作成すること、⑤会社の利益分配案および欠損補填案を作成すること、⑥会社の登録資本の増加または減少の案および社債発行案を作成すること、⑦会社の合併・分割および解散の案を作成すること、⑧会社の内部管理機構の設置を決定すること、⑨会社の經理を選任・解任し、また經理の提案に基づいて副經理および財務責任者を選任・解任し、その報酬事項を決定すること、⑩会社の基本管理制度を制定すること、である（会社法一一二条二項）。

以上の権限のうち、取締役会の決定だけで直接法的効果が生じる事項いわば真の意味での取締役会の権限という

るものは、①株主総会の招集決定、②会社の経営計画および投資案の決定、③会社の内部管理機構の設置決定、④経営者（経理・副経理・財務責任者等）の選任・解任およびその報酬の決定、⑤会社の基本管理制度（主に会社内部の種々の管理規則の制定を指す）の制定だけである。もとより定款による拡大の余地は予定されている（会社法七九条七号）が、¹⁸いかなる事項について定款で定めうるかの法的根拠が明確でないのが問題である。また、日本の商法が取締役会の権限として認めている最も重要な決議事項である新株の発行および社債の発行、法定準備金の資本組入、取締役会社間の利益相反取引の承認などは、中国の会社法規においては、そのいずれも株主総会の法定決議事項とされていること、前述のとおりであり、このような重要な事項を定款によって取締役会の権限とすることは、とうてい考えられない。

また、いわゆる会社の内部管理機構の設置決定権に、日本の商法における取締役会の会社支店その他の重要な組織の設置・変更・廃止権のようなものが含まれているかどうかともきわめて不明確である。このほか、統一会社法には、日本の商法が取締役会の専属権限として定めている重要な財産の処分・譲受、多額の借材のような事項に関する決定権の所属についても何ら明確な規定が置かれていないため、これは、同法運用上の問題になるであろう。

要するに、統一会社法によって定められている取締役会の専属権限事項はきわめて少ない。しかも取締役会の権限として列举されている上述の諸事項の大半が職務的に処理されるものにすぎない。すなわち、取締役会は、多くの場合において会社の経理によって作成される原案を形式的に承認し、または自ら原案を作成・承認したうえ、株主総会の決議を得るという機能を主要な機能とする機関となり、数多くの専属権限を有し、法的独立性を持つ日本の商法における業務執行機関たる取締役会のような存在にはまだ程遠い。したがって、統一会社法におけるこのような状況を踏まえて、かかる取締役会の存在の実質について、それは、経理の原案と株主総会決議事項との中継ぎ的機能にすぎ

ず、同法のもとでの取締役会の決議事項にしても經理の段階で原案が作成され、それを年二回以上開催される取締役に出席した經理が提示して説明し、形式的に取締役会の承認を得たうえで株主総会の決議を得るとというのが常態化するおそれがあると指摘され、取締役会の形骸化が懸念されている¹⁹⁾。

(四) その他の会社法規も、統一会社法と同様の方式、すなわち一個の条文による列举方式をもって取締役会の権限を明確に挙げているのみならず、列举されている取締役会の権限も統一会社法のそれとほぼ同様である。異なるのは、一部の会社法規で、会社の重要財産の担保、譲渡などに関する決定権が取締役会の専属権限として定められていることである。たとえば、深圳株式規定において列举されている取締役会権限のなかに、会社の財産の譲渡の決定権が含まれている(同規定一二条七号)。株式規範においては、会社の重要財産の担保・リース・請負・譲渡の決定権が定められ(同意見五五条一項七号)、また深圳株式条例においては、会社の重要財産の担保・譲渡の決定権(同条例九三条七号)、広東条例では、重要財産の担保・請負・譲渡の決定権(同条例一〇八条七号)がそれぞれ定められている。このほか、一部の会社法規では、会社の破産申請の提出も取締役会の職権の一つとして定められている(規範意見五五条一項一号、深圳株式条例九三条二二号、広東条例一〇八条二二号など)。また、前述したように、会社の重要な業務執行事項については、法律または定款により株主総会が決議すべきものと規定されている事項以外は、すべて取締役会または取締役会の授權によって決定されると定めている法規もある(上海株式規定七六条二項、株式規範五五条三項)。

以上の内容からも明らかであるように、統一会社法よりむしろ、その直前に制定されたその他の会社法規のほうが、取締役会の業務執行機関としての機能を保障するため、取締役に一定の専属権限を認めているのである。その趣旨については、一般に外資系企業や株式制企業の設立・運営の実践過程において生じた取締役会の形骸化の問題を解決

するために講じられたものであると解されているが、これらの法規などよりやや遅れて制定された統一会社法においては、なぜそれらの取締役会の専属権限が排除されたのかについて、明確な立法説明も納得できる解説も見当たらないため、説明がきわめて困難である。これは、おそらく株式化の実践過程において生じた取締役会の形骸化の問題よりも、株式化された企業における国家所有財産の管理問題——たとえば、国有資産の流失問題がしばしば指摘されている——をより重視すべきことに配慮したものであらうと推測できよう。

三 取締役会の招集および決議

(1) 取締役会の招集

取締役会は、会議体の機関として一定の法定手続に基づいて招集されることは、会議体組織の原則とも言えよう。中国会社法規における取締役会の招集に関する規定の基本的内容は日本の商法におけるそれとあまり違わないと思われる。しかし、子細に検討すれば、統一会社法のほかに多くの地方会社法規や行政法規があり、これらの会社法規の間に一定の相違が見られるだけでなく、以下に述べるように、日本の商法と比較すれば、中国の会社法規における取締役会の招集などに関する規定全体にも様々な特徴が見られる。

(イ) 日本の商法では、原則として各取締役が取締役会の招集権を有し、取締役会においてその招集権を持つ取締役を特定することができても、各取締役の招集権を奪うことはできない。すなわち、各取締役の招集権は商法の規定によって保障されており、上述のように招集権者が特定されていても、一定の条件のもとで特定された取締役以外の取締役が取締役会を招集することができるものと定められている(商法二五九条)。また、日本の商法は、取締役会は、三カ月に一回は招集しなければならない(商法二六〇条三項)が、招集権者の決定によって随時招集できることを原

則としている。ただし、会社が会社内部の規則（定款を含む）により、定期的に招集することを定めることを妨げない。

かような日本の商法の規定と比べると、中国の会社法規は、統一会社法にせよ、その他の会社法規にせよ、取締役会の招集権者を法により特定している。すなわち、いずれの法規も、取締役会は、董事長によって招集され、主宰されると明確に定めている。ただ、異なる時期に異なる立法機関によって制定された法規であるため、当然のことながら、具体的な定め方に一定の相違が見られる。これを大別すると、一部の法規においては、董事長の取締役会招集・主宰権がともに列挙されている董事長（職務履行不能時の代行者である副董事長等を含む）の各種の権限の一つとして認められている（会社法一一四条一項一号、深圳株式条例一〇〇条一号、広東条例一一三条一号）。その他の法規においては、董事長の取締役会の主宰権のみを株主総会の主宰権とともに董事長の権限の一つとして列挙し（深圳株式規定一一七条一号、上海株式規定八三条一号、海南条例一〇二条二項一号、株式規範五九条二項一号）、董事長の取締役会招集権については、単独の規定をもってそれを定める（深圳株式規定一一一条、上海株式規定八一条、海南条例一〇三条、株式規範五六条）という方式が取られている。もとよりこれは、法規定の定め方の相違にすぎず、いずれにしても取締役会の招集・主宰権者が董事長に限定されていることはまったく同様である。

（四）日本の商法は、取締役会は、三カ月に一回以上開催しなければならないものとしている（商法二六〇条三項）。これに対し、中国の会社法規の多くは取締役会は年に少なくとも二回以上の会議が開かれなければならない、また三分の一以上の取締役（会社の経理にも同様な権限を認めている法規もある。これについて、深圳株式規定一一一条、株式規範五六条二項等参照）の要請があれば、特別の取締役会を招集しうると定めている（深圳株式規定一一一条、深圳株式条例一〇三条、広東条例一一五条、株式規範五六条等）。また、年に二回以上の会議のほか、緊急な事由の

生じたとき、随時に取締役会を招集できると定めている法規（海南株式条例一〇三条、深圳株式条例一〇四条但書）もあれば、三分の一以上の取締役の要請による招集と緊急時の随時招集の双方を定めている法規（深圳株式条例一〇三条・一〇四条但書）と、緊急事由の発生と三分の一以上の取締役の要請という二つの条件のもとで臨時取締役会の招集を認める法規（上海株式規定八一条二項）もある。なお、統一会社法は、その他の法規のような三分の一の取締役の要請とか緊急事由の発生などの要件を付けることをせず、取締役会は、臨時会議を招集し、開催する場合は、その招集の通知方式および通知期間を別に定めることができるとしている（会社法一一六条二項）。

以上の規定から明かなように、中国の会社法規の多くは、取締役会についても株主総会と同様に定時会議と臨時会議の開催を予定している。これは、前述した取締役会の権限の多くが会社の経理が作成した原案を形式的に承認したうえ、株主総会に提出するためのものとして定められているため、多くの取締役会の開催が事実上必要でないことと関連していると思われる。したがって、中国の会社法規は、取締役会は、年に最低二回開催されれば足りるものとし、それでカバーできないときに限って臨時会議の開催により対応するという体制をとっていると言えよう。

また、日本の商法は、取締役会を招集するには、会日より一週間前に各取締役および監査役に招集通知を発しなればならないと定めるが、他方、定款による招集通知期間の短縮や取締役および監査役の全員の同意による招集手続の省略も認めている（商法二五九条ノ二・二五九条ノ三）。

中国の会社法規も、取締役会の招集通知については、ごく少数のものを除き（たとえば、深圳株式規定）、そのほとんどが、取締役会の招集にあたり、各取締役に対して通知を発することを要求している。その趣旨について、明確な解釈はないが、日本の商法と同様に、出席者である取締役に出席の機会と準備の時間を与えるためのものであると解すべきであろう。かような観点から見れば、一定の招集通知期間、すなわち、通知を発する日と会日の間に一定の

期間を設けることは重要な意味を持つことになるであろう。この点について、中国の会社法規の多くは、取締役会の会日より一〇日前に取締役に招集通知を発することを要求している（会社法一一六条、深圳株式条例一〇四条、広東条例一一六条）が、なかに、会日より一五日前に通知を発することを要しているもの（上海株式規定八一条）や、日本の商法と同様に一週間前の発送を要するもの（海南株式条例一〇三条）もあれば、取締役に招集通知を発することを要求しているが、招集通知期間について何らの規定も置いていないものもある（株式規範五六条）。ただ、最後の場合は、取締役会の招集通知の方式について会社の定款が規定すると定めると同時に、会社の定款の絶対記載事項の一つとして、取締役会の構成・職権および議事規則を挙げているため、取締役会の招集通知期間は、会社の定款により定められることになっているとも考えられるが、きわめて不備であることは否めないであろう。

以上のほか、中国の会社法規は、ほとんど日本の商法のような取締役会の招集通知期間の短縮や取締役および監査役全員の同意による招集手続の省略の制度を設けていない。唯一、取締役全員の同意による取締役会の招集手続の省略を認めているのが広東条例である。同条例は取締役全員の同意があるとき、招集手続を経ないで取締役会を開くことができる（広東条例一一六条二項）。日本の商法における取締役会の招集通知期間の短縮および招集通知の省略の制度は、おそらく会社の業務執行機関である取締役会の機動性や効率性を図るために設けられたものであると思われる。現実にはこの制度がよく使われており、定款で招集期間を五日とか三日に短縮するとともに、緊急の必要がある場合にはこの期間をさらに短縮することができる旨を定めることが少なくないとされており、また、取締役会の手続の省略の制度と関連して全員出席取締役会も認められるとされている。⁽²⁰⁾ 中国の会社法規における取締役会の機能を高め、しばしば指摘されている取締役会の形骸化問題を解決するために、取締役会の法的地位およびその権限に関する法制度の改正とともに、日本の商法のように、招集通知期間の短縮および招集手続の省略の制度を設けて

取締役会の機動性および効率性を図るための法改正を行うことがきわめて重要であることは言うまでもない。

取締役会の招集通知の方式や方法および記載すべき内容などについて中国の多くの会社法規は日本の商法と同様に明確な規定を置いていない(会社法一一六条、海南株式条例一〇三条、広東条例一一六条等)。これに対し、一部の会社法規では、取締役会の招集通知は招集事由を記載した書面をもって行われること(上海株式規定八一条、株式規範五六条)、招集通知には招集事由を記載すべきこと(深圳株式条例一〇四条)などが定められているほか、取締役会の招集通知の方式は、会社の定款または会社内部の組織規則により明確に規定されるべきであると定めている法規もある(株式規範五六条三項)。いずれにせよ、取締役会の招集通知の方式、方法およびその記載すべき内容などに関する規定は、必ずしも明確ではない。その理由を追求することは、中国では一般に立法説明書が発表されないため、相当困難であるが、日本では、取締役会の招集通知の方法や通知の記載内容に関する法規制がないことに関し、取締役会の場合に、株主総会の場合と異なり、会議の目的たる事項を示す必要がないのは取締役会の場合には、業務執行に関する諸般の事項が議題となることを当然に予想すべきだからであると解されている²¹⁾。中国法でも同様な趣旨に出たものであろうと推測しうるにとどまる。

しかし、中国の会社法規において最も問題になるのは、すべての法規が、監査役または監査役代表の取締役会への出席権(原語は「列席」)を認め(会社法二二六条二項、深圳株式規定二二八条一号、深圳株式条例一一六条一号、広東条例一二四条一号、上海株式規定九二条一号、海南株式条例一一七条一号、株式規範六五条一号)、そのうちの一部の会社法規は監査役のみならず、会社の経理の出席権も認めている(会社法一九条二項、深圳株式条例一二二条六号)にもかかわらず、これらの出席権者への取締役会の招集通知の発送について、何らの規定も置いていない。現実の運営はともあれ、これは立法上きわめて不備な点の一つであることは否めない。したがって、監査役および経

理の取締役会の出席権を保障するために、取締役会の招集通知をなす相手方に関する規定を日本会社法のように整備すべきであろう。

(2) 取締役会の決議

(イ) 決議要件

中国の会社法規における取締役会の決議要件に関する規定は相当に異なっているが、それを大別すれば、以下のような三通りのものとなる。

第一に、取締役会は、二分の一以上（半数以上）の取締役（後述するように代理出席者を含む）の出席があったときに限り開催することができ、取締役会の決議は、取締役全員の過半数をもってなすと定めている（会社法一一七条）。しかし、決議の成立要件としての取締役全員とは、代理出席者をも含む、出席取締役の全員を指すのか、または出席取締役のみならず、会社法または定款所定の取締役の全員を指すのか（後者ならば、欠席取締役も決議成立の要件にその数が算入されることになる）定かでないが、かりにそれが出席取締役の全員を指すとすれば、取締役会の決議要件は二分の一以上の取締役の出席という定足数と出席取締役の過半数によるということになるであろう。このほか、取締役会の決議は、本法に別段の定めのある場合を除き、取締役全員の半数以上をもってなすと定めている法規もある（海南株式条例一〇五条）が、問題になるのは、取締役会の決議に関する本法の別段の定めが見当たらない点と、取締役全員の半数以上とは、おそらく法令または定款所定の員数を指すと考えるが、明確でない点である。

第二に、株主総会の決議の普通決議と特別決議の分類と同様に、取締役会の決議事項を普通決議と特別決議に分類し、普通決議は、半数以上の取締役の同意表決をもってなすものとするのに対し、特別決議は、三分の二以上の取締役の同意表決をもってなすものとするほか、賛成表と反対表が同数になる場合に限って、董事長に二個の議決権を

認めると定めている(深圳株式規定一一二条二項、株式規範五五条二項)。このほか、取締役会の決議は、取締役会において取締役の過半数(出席取締役を指す意味合いが強い)をもってなすものとするが、株主総会の特別決議事項とされている事項に関しては、取締役会において三分の二以上の取締役の同意を得てからでなければ、総会に議案として提出しえないと定めている法規もある(上海株式規定七八条・六七条参照)。

第三に、取締役会の決議は、取締役の過半数が出席し、出席取締役の過半数をもってなすが、可否同数の場合は、董事長が決定権を有すると定めているもの(広東条例一一七条)のほか、取締役会の決議は、取締役の過半数(法定の取締役全員か出席取締役の全員か不明である)をもってなすが、可否同数の場合は、董事長が決定権を有すると定めている法規もある(深圳株式条例一〇五条)。

上述の規定のうち、取締役会の決議要件の加重のみの容認(商法二六〇条ノ二第一項但書)と可否同数のときの董事長の決定権の点を除けば、取締役会の決議要件について日本会社法の規定に最も近い規定を定めているのが広東条例である。また、取締役会の決議を普通決議と特別決議に分けて規定する定め方は、日本の商法の、取締役会の決議要件を定めたとえ、かかる要件の加重のみを容認する制度にある程度類似しているとも考えられる。ただし、取普通決議と特別決議の双方について、可否同数のときに、董事長に二個の決議権を認めるという定め方は、過半数による普通決議の要件を軽減させてしまうおそれがあることなどが問題になりかねない。²²⁾

(ロ) 議決権の代理行使と特別利害関係人

まず、取締役の議決権の代理行使については、日本の商法はこれに関する規定を置いていないが、この趣旨については、一般に取締役会は、取締役の協議と意見の交換により、その知識と経験を結集して一定の結論を得るための制度であるため、取締役が自ら取締役会に出席して議決権を行使することを要し、一般の代理人による行使はもとより、

他の取締役を代理人にすることも認められないと解されているばかりでなく、取締役の、電話や書面などによる議決権の行使や、いわゆる持ち回り決議の方法も認められないと解されている。⁽²³⁾

中国の会社法規のうち、かような日本の商法と同様な対応をしているのは深圳株式規定と広東条例だけである。その趣旨について上述の日本の商法の規定と同様な解釈ができるかどうかはきわめて微妙であるが、改革以来の国内会社に関する立法の第一歩を踏んだ深圳株式規定はともかく、統一会社法の成立直前に制定・公布された広東条例（一九九三年五月制定・公布）に関しては、日本の商法と同様な趣旨に基づくと解すべきであろう。

その他のすべての会社法規は、その定め方にそれぞれの特徴が見られるものの、取締役の議決権の代理行使を認めている。そのうち、一部の法規は、取締役会会議には、取締役本人が出席することを要するが、取締役が正当な理由により出席しえない場合には、書面により他の取締役にその出席を委任することができ、委任状には、授權範囲を明記することを要すると定めている（会社法一一七条、株式規範五七条）。これに対し、取締役会会議を開催するときは、取締役が自ら出席するものとするが、会社の定款により他人の代理出席が認められている場合はこの限りでなく、かかる代理出席は書面により委任するものとし、かつ委任状にその授權範囲を明記しなければならないと定めている法規もあり（深圳株式条例一〇六条）、取締役会会議の開催にあたり、取締役は、正当な理由により出席しえないときは、書面により他人に、代理出席の全權代理（原語は「全權代表」）を委任することができると定めている法規（上海株式規定七七条）もあり、また、取締役は、正当な事由により取締役会に出席しえないときは、他の取締役に議決権の代理行使を委任することができるが、授權委任状の提出を要するとするほか、特別利害関係を有する株主は議決権の行使ができないばかりでなく、その他の株主の代理人にもなりえないことを定めた規定を取締役にも適用すると定めている法規（海南株式条例一〇五条二項・九四条参照）もある。

これらの規定を総括して言えば、取締役の議決権の代理行使が許される場合には、取締役が正当な事由により出席しない場合と、定款の規定により取締役の議決権の代理行使が認められている場合とがある。また、代理人の資格について、明確に他の取締役と限定されている場合とそのように限定せず、広く「他人」と定めている場合とがある。一般にいずれの場合においても、授權範囲が明記されている委任状の提出が要求されているが、上海株式規定のように「書面により全權代理を委任する」とやや意味の不明確な規定を定めているほか、委任状の提出も要求していない法規もあれば、海南株式条例のように代理人の資格を他の取締役と明確に限定すると同時に、取締役会の決議事項につき特別利害関係を有する取締役は他の取締役の代理人になることができないと定めている法規もある。

次に、取締役会における特別利害関係人について、日本の商法は、取締役会の決議に関し、特別の利害関係を有する取締役は決議に参加することができないと定めているほか、決議に参加しない取締役の数は取締役会の決議要件との関係で取締役の数に算入されないと定めている(商法二六〇条ノ二第二項・三項)。取締役会の決議に対し特別の利害関係を有する取締役の議決権行使を禁止したこの規定の趣旨については、一般に、これは、特別利害関係人の公正な行動を期待しえないという考えに基づくものであると解されている。²⁴⁾

日本の学説においては、かかる「特別利害関係」という表現が抽象的であつ漠然としているため、いかなる場合に取締役がかかる特別関係人となるかについて、見解が分かれている。取締役の競業取引の承認、取締役会社間の取引・間接取引の承認や、商法特例法上の小会社における取締役会社間の訴えの会社代表の決定の場合に、当該取締役が特別利害関係人となること、および代表取締役の選任決議の場合の候補者が特別利害関係人とならないことについては争いがないのに対して、代表取締役の解任決議と、定款または株主総会が定めた取締役の報酬総額を各取締役に配分する取締役会の決議の場合に、当該取締役が特別利害関係人にあたるかどうかについては争いがある。前者について、

株主総会における取締役の選任・解任に関する株主の支配力は、取締役会における代表取締役の選任・解任についても貫徹されるべきであるから、代表取締役の選任の場合の候補者も、解任の対象たる代表取締役とともに特別利害関係人に当らないと解し、また、報酬の配分決議について、すでに総会で報酬総額を定めている以上、各取締役にどのように分配されても、会社の利益を害することはないから否定すべきであると解する説がある。²⁵⁾

中国の会社法規においては、多くの法規は、取締役会における特別利害関係人はもとより、株主総会の決議に関する特別利害関係人についても何ら規定していない（会社法、株式規範、深圳株式条例、広東条例、上海株式規定等がそうである）。株主総会の決議と取締役会の決議に関する特別利害関係人の双方について規定しているのは海南株式条例のみであり、株主総会のそれについて規定せず、取締役会のそれに限って規定しているのは深圳株式規定のみである。

海南株式例は、まず株主総会について、株主が総会において決議される事項と（特別）利害関係を有し、かつ当該株主が総会の決議に参加すると会社の利益を害するおそれがあるときは当該株主は総会の決議に加わってはならないと定めるとともに（同条例九四条）、総会が決議するとき、議決権のない株式は株式総数に算入されないと定めている（同条例九五条）。そして、取締役会の関連事項について、同条例第九四条を適用すると定めている（同条例一〇五条二項）。したがって、同条例においては、日本の昭和五六年改正前の商法が特別利害関係を有する株主の議決権行使を禁止し、その議決権の数は総会の決議の成立要件である議決権の数に算入されないと定めていた（改正前商法二三九条五項）のとはほぼ同様なことが定められていると言えよう。²⁶⁾ また、同条例の規定によれば、取締役会の決議に対して特別利害関係を有する取締役も、当該決議に加わることができないばかりでなく、他の取締役の代理人になることもできないことになるが、議決権を行使しえない取締役の数の算入の問題については、株主に関して定めた同条

例第九五条の適用を認めていないばかりでなく、専用の規定も置かれてないため、きわめて不備な規定であるといってもよいであろう。

これに対し、深圳株式規定は、取締役会がある取締役と特別利害関係を有する議案を決議するときは、当該取締役はその決議につき、議決権を有しないが、当該取締役の数は法定の決議要件たる取締役の数に算入されると定めている(同規定一一五条)。海南株式条例にこれに関する規定がないことと比べれば、明確な規定を置いたことは評価されるべきであるが、議決権を行使しえない者の数は、当然、その決議の成立要件たる法定の数にも算入されないのが現代会社法の原則ともいうべき観点からすれば、これもやはり問題のある規定であると言えよう。

い) 取締役会の議事録と取締役の責任問題

日本の商法は、取締役会の議事について議事録の作成を要し、議事録には、議事の経過の要領と議事の結果を記載し、出席した取締役と監査役が署名しなければならないと定めている(商法二六〇条ノ四第一項・二項)ほか、取締役会の議事録と取締役の責任関係について取締役会の決議に参加した取締役で議事録に異議を止めなかった者は決議に賛成したものと推定するとしている(商法二六六条三項)。

中国の会社法規の多くも、日本の商法と同様に、取締役会の議事について議事録を作成することを要し、議事録には決議の概要を記載したうえ、出席取締役などの関係者が署名しなければならないと定めているほか、議事録の効用について、ごく少数の会社法規を除く他の会社法規は、出席者などの責任を証明するためのものであるほか、株主や会社債権者などの情報収集権の行使に供するためのものと定めているのである。

まず、統一会社法は、取締役会は、会議の審議事項の決定について、議事録を作成し、かつ会議に出席した取締役および記録員が議事録に署名することを要すると定めている(会社法一一八条二項)と同時に、取締役は、取締役会

の決議について責任を負わなければならない、取締役会の決議が法令または定款に違反し、それにより会社が重大な損害を受けた場合は決議に参加した取締役は会社に対して賠償責任を負うが、表決時にすでに異議を表明し、かつそれを議事録に止めた取締役は、その責任を免れることができる（会社法一一八条三項）。その他の会社法規においても、議事録の記載事項についてまったく触れなかったり（深圳株式条例一〇七条一項、広東条例一一八条一項、上海株式規定七九条、株式規範五七条二項前段等参照）、または取締役会の議事内容の記載を要求したり（深圳株式規定一一三条前段）、あるいは毎回の取締役会の会議の日時・場所および出席者の数のほか審議および決議された事項を記載し、主宰者が署名する取締役会の議事録簿の作成を要求する（海南株式条例一〇八条・九七条）などの相違があっても、取締役会の議事録の作成に関する要請と、議事録と取締役会の決議に対する取締役の責任との関係に関する規定は、基本的には上述の統一会社法と同様である（深圳株式規定一一四条、深圳株式条例一〇七条、広東条例一一八条、上海株式規定七九条、海南株式条例一〇七条、株式規範五七条二項・五四条）。

しかし、各法規の具体的な規定を見ると、微妙ではあるが、以下のような相違が見られる。たとえば、深圳株式条例と広東条例においては、取締役会の決議の違法性が「本条例に違反すれば」と狭く限定されている問題があるが、取締役会の会議については、議事録を作成し、出席取締役および取締役会の秘書役（または記録員）が署名し、取締役は、その議事録に基づいて責任を負うものとする。また、取締役会の決議が本条例に違反し、会社の利益を害したときは、当該決議に参加した取締役は、会社に対して賠償責任を負うが、当該決議に異議を表明したことを証明できる²⁷⁾取締役はその責任を免れることができる（深圳株式条例一〇七条、広東条例一一八条）。

これに対し、上海株式規定と株式規範は、取締役会の決議の違法性についてその範囲を統一会社法よりも広げて、取締役会の決議が法令・定款および株主総会の決議に違反し、かつ会社の利益を害したときは、当該決議に参加した

取締役は会社に対して賠償責任を負うが、取締役の決議に対する責任は取締役会の議事録に基づいて負うものとし、当該決議に対して異議を表明し、それが証明される場合の取締役はその責任を免れうると定めている(上海株式規定七九条・七五条参照、株式規範五七条二項・五四条参照)。このほか、株式規範においては、明文の規定により取締役の議事録への一定の自己意見の記載請求権が認められている(同規範五七条二項)。取締役の同じ権利は、深圳株式規定にも認められている(同規定一一三条)。また、株式規範は取締役に出席しないのみならず、他の取締役に代理を委任しない取締役は異議表明なしとみなされ、かかる責任を免れることはできないと定めて、取締役の責任を強化している(同規範五七条二項)。

以上の法規の規定と比べ、若干の異なるところが見られるのは深圳株式規定と海南株式条例の規定である。深圳株式規定においては、上述したように、株式規範と同様に、取締役の取締役会議事録への一定の自己意見の記載請求権を定めているほか、取締役会の決議の違法性の範囲について、法令・定款および株主総会の決議に、さらに政府の関連部門の許可が必要とされている取締役会の決議はかかる許可を得なければ執行しえないという要件を付け加え、これに違反する決議に対する取締役の責任は法令・定款および総会の決議に違反したときと同様であることが定められている(同規定一一四条)。海南株式条例においては、取締役会の決議の違法性範囲については、法令・定款・株主総会の決議違反に、授權範囲の踰越も一つの要件として付け加えられているほか、取締役の賠償責任は連帯賠償責任であると定められている(同条例一〇七条)。

次に、取締役会の議事録の備置および関係者の閲覧については、現行の日本の商法は、取締役は、取締役会の議事録を一〇年間本店に備えておかねばならず、株主はその権利を行使するため必要があるとき、会社債権者は取締役または監査役の責任を追及するため必要があるときに、裁判所の許可を得て取締役会の議事録の閲覧・謄写を求め

ることができるが、裁判所は、閲覧・謄写によって、会社またはその親会社もしくは子会社に著しい損害を生じるおそれがあるときは、それを許可することができないと厳密に定めている（商法二六〇条ノ四第三項―五項等）。

これは、昭和五六年の商法改正により整備されたものであり、同改正前の商法では、このように綿密に定めず、ただ取締役は、取締役会の議事録を会社の本店と支店に備えておき、株主と会社債権者はこの閲覧・謄写を求めることができるかと定めただけである。これを昭和五六年の商法改正が上述のように厳密に定め直したのは、会社が企業秘密漏れを恐れて内容の充実した議事録を作成せず、または秘密事項の決議を常務会などに移すことのほか、総会屋などにより取締役会の議事録の閲覧・謄写権が濫用されることを防ぎ、取締役会の議事録の内容が充実することを期待するという立法趣旨に基づくものであると解されている。²⁸ いずれにせよ、日本の商法においては、主として取締役会の議事運営の状況および各取締役の態度などの証明のためと、株主・会社債権者などの会社関係者の会社書類閲覧権の行使に供するために取締役会の議事録の作成と備置が要求されていることには大きな変化はなかったと言える。

これと比較すれば、中国の会社法規における取締役会の議事録の作成は、上述したとおりであるが、その備置および会社関係者の閲覧・謄写に関する規定は、以下のような特徴を持つものである。

一部の会社法規では、上述したように、主に取締役の決議に対する責任を明確にするために取締役会の議事録の作成を要求しているが、その作成された取締役会の議事録の備置を要求しないばかりでなく、法規定により認められた株主および会社債権者の会社書類の閲覧・謄写権のなかに、取締役会の議事録の閲覧および謄写権が含まれていない（会社法、上海株式規定、株式規範等はそうである）。これが、取締役会の議事録の閲覧・謄写が株主や会社債権者の当然の権利であるという前提のもとで定めなかったものなのか、あるいは取締役会の議事録の閲覧・謄写を株主や会社債権者の一つの閲覧・謄写権として認めなかったものなのかは、一概に言えないところがある。統一会社法に関する

る解説には、取締役会の議事録と取締役の責任との関係について何ら触れていないが、取締役会の議事録作成を要することは、株主および利害関係者の閲覧に供するためであると解する見解もあれば、中国の会社法における取締役会の議事録の作成は、取締役の取締役会の決議に対する責任を明確にするために要求されるものであり、したがって、中国の会社法規のうち、取締役会の議事録に一定の記載を要求する取締役の権利まで認められているものがあると解する説も見られる。³⁰⁾

その他の会社法規との関連から考えれば、取締役会の議事録の備え置きを株主などの閲覧権の行使の立場より要求しなかったのは、おそらく株主や会社債権者の取締役会の議事録の閲覧などが当然の権利と考えられているからであるかもしれないが、そうであるとしても、かかる議事録の備置の必要性、備置の場所・期間および関係者の閲覧・謄写の条件などについて何ら規定していなかったため、その実行性が乏しいばかりでなく、現実においては日本の商法について指摘されているような問題、たとえば、内容の充実した議事録が作成されない問題や議事録の閲覧・謄写権濫用の問題が生じないとは言えないであろう。

しかし、上述の会社法規と異なり、一部の会社法規においては、株主および会社債権者の閲覧または謄写に供するために取締役会の議事録の備置が株主総会の議事録や会社の計算書類などとともに要求されている。たとえば、深圳株式条例は、取締役会は、会社の定款、これまでの毎回の株主総会および取締役会の議事録、貸借対照表ならびに損益計算書を本店に備え置き、株主名簿を本店およびその代理機構に備え置くことを要し、株主および会社債権者は、関係証明文書を持参したうえ、指定された範囲内において閲覧または謄写する権利を有すると定めている(同条例一〇八条)。また、広東条例は、取締役会の議事録の備置についてまったく深圳株式条例と同旨の規定を定めているが、かかる議事録の閲覧・謄写について、株主および会社債権者は、随時に閲覧または謄写する権利を有すると定めてい

る（同条例一一九条）。

これらの規定によれば、取締役会の議事録は、株主および会社債権者の取締役会の議事録の閲覧・謄写権を保障するために、会社の本店において備え置くものとされていることは明らかである。しかし、この両条例はともに取締役会の議事録の備置期間について明確な規定を置いていないほか、深圳株式条例では、株主および会社債権者の閲覧・謄写権に一定の制限を加えているのに対して、広東条例では、何らの制限もなく、株主および会社債権者の随時の閲覧・謄写権が定められている。また、深圳株式条例における制限のうち「関係証明文書」とは、日本の商法における「裁判所の許可」のような明確なものではないため、一体、いかなる証明文書を指しているのか、きわめて不明確である。また、その「指定された範囲内」における「指定」とは、その「関係証明文書」によって指定されることなのか、または会社が指定することなのか、意味の明確な規定とは言いがたいものである。もとより広東条例のように無制限に認めることも、内容の充実した議事録の作成に影響を及ぼしたり、閲覧・謄写権の濫用問題が生じたりするおそれがあるため、今後の改正により一定の整備を行う必要があると考える。

これらの法規のほか、深圳株式規定は、取締役会の議事録は、公表して随時に取締役および政府の審査を受けるものとして定めている（同規定一一三条二項）が、これはきわめて曖昧な規定であると言わざるをえない。また、海南株式条例は、株主総会の議事録の作成およびその備置について会社は毎回の会議の日時・場所・出席株主の数のほか、審議・決議された事項を記載し、会議の主宰者が署名する株主総会の議事録簿を作成し、かつそれを出席株主名簿および代理委任状とともに保存することを要すると定め（同条例九七条）、取締役会の議事録の作成およびその備置について第九七条を適用すると定めている（同条例一〇八条）。しかし、同条例について問題になるのは、株主総会の議事録にせよ、取締役会のそれにせよ、備置の場所および期間についての規定が置かれていないだけではなく、

かかる議事録の保存の目的についても何ら規定せず、認められている株主や会社債権者の会社書類の閲覧・謄写権(同条例一二四条。同規定により株主および会社債権者の計算書類の閲覧権が認められている)の対象にこれらの議事録が含まれていないことである。

(二) 取締役会の決議の瑕疵

日本の商法、取締役会の決議の瑕疵について規定していないため、かかる決議の瑕疵は一般原則によって処理されることになる。すなわち、取締役会の瑕疵のある決議は、それが決議の内容に瑕疵のあるものか決議の手續または方法に瑕疵のあるものかを問わず、誰が何時どのような方法によっても決議の無効を主張することができ、必要があれば、決議無効確認の訴えを提起することができる³¹⁾と一般に解されている。ただし、最高裁判所の判決により、一部の取締役に取締役会の招集通知漏れがある場合でも、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、当該決議は有効であると判示されている(最高裁判所判決昭和四四年二月二日民事判決集二三卷一二号二三九六頁等)こともあって、決議の手續上の瑕疵が軽微であり、かつ決議の結果に影響を及ぼさない場合に限って、決議は無効としないと解している見解がある。

中国の会社法規においては、上述したように、取締役会の決議が法令や定款および株主総会の決議などに違反し、かつ会社の利益が害される場合の取締役の賠償責任に関する規定はあるが、日本の商法と同様に、ほとんどの会社法規には、取締役会の瑕疵のある決議の法的効果、および当該決議がいかに処理されるかについての規定が置かれていない。したがって、中国においても、日本の会社法理論と同様に、取締役会の瑕疵のある決議は、一般原則によって処理されると解すべきであろう。

具体的に見れば、統一会社法は上述したように株主総会・取締役会の決議が法律・行政法規に違反し、株主の適法

な権益を侵害するときは、株主は裁判所に対し当該違法行為および侵害行為の差止めを求める訴えを提起することができる（会社法一一一条）。しかし、この規定は、総会と取締役会の決議の違法性に対して当該決議の無効を求めるための株主の提訴権を定めたものか、または違法な決議の執行行為、すなわち違法行為および株主の利益の侵害行為の差止めを求める提訴権を定めたものか、判断しにくいところがある。

統一会社法のこの規定に関するある解説によれば、株式会社の株主総会の決議（取締役会の決議も同様と思うが、同解説はそれに触れていない）の内容が法令に違反すれば、当該決議は、当然、はじめから無効となり、しかも当該決議の執行により第三者に損害を与えたとき、会社は第三者に対して、損害賠償の責任を負わなければならないと解されているため、同規定によって認められているのは、株主の総会および取締役会の決議無効確認のための提訴権であると思われるが、同解説は、最後に株主の提訴権につき統一会社法の当該規定をそのまま繰り返しているので、株主の決議無効確認のための提訴権を定めたのか、あるいは株主の、会社の違法行為および利益侵害行為の差止めのための提訴権を定めたのか、結局、明確に示されていないと言えよう。⁽³²⁾

その他の会社法規においては、一部の法規は、単独の条文をもって、取締役会はその職権を履行するにあたり（取締役会は会議体の機関であるため、その職権の履行とは、法によって定められている決議事項に対して、決議を行うことをいうにはかならない）、法令・定款および株主総会の決議に従わなければならないと定めている（深圳株式規定一一四条参照、深圳株式条例一〇九条、上海株式規定七五条、株式規範五四条）。しかし、これらの法規のいずれも、上述したように、取締役会の決議が法令・定款および株主総会の決議に違反し、かつ会社に損害を与えたときの取締役の損害賠償責任について規定をしているが、当該決議自体がいかなる効果を持つか、すなわち、有効な決議になるのか、それとも無効な決議になるのか、あるいは決議の不存在になるのかについて何らの規定も置かれていない

ばかりでなく、上に述べた統一会社法のやや意味の不明確な規定や深圳株式条例と広東条例を除けば、ほとんどの法規には、株主総会の決議の瑕疵の処理に関する規定も置かれていない。

深圳株式条例と広東条例では、前述したように株主総会の招集手続および決議の方法が法令または会社の定款に違反するときは、株主は決議がなされた日から三〇日以内に、裁判所に対して訴訟を提起することができると定められている（深圳株式条例九〇条、広東条例一〇六条）。同規定が、日本の商法における総会決議の取消の訴えを定めたものか、または当該決議の不存在・無効確認の訴えを定めたものか、条文自体から明らかでないが、総会の招集手続および決議の方法のみが提訴の事由とされていることから判断すれば、総会決議の取消の訴えを定めたものではないかと推測しうることは前述のとおりである。しかし、最も問題になるのは同様な趣旨の規定が取締役会の決議の瑕疵の処理にまで貫かれていないことである。もとより、日本の商法と同様に、取締役会の違法な決議は、その手続および方法の瑕疵によるか、またはその内容の瑕疵によるかを問わず、一般原則（当然無効）によって処理されることが前提となっておりと思われるが、一般原則による処理に関する法制度を整備する必要がある。

要するに、取締役会の決議の瑕疵については、上述した統一会社法の意味の不明な規定以外、何らの規定も定められていないのは中国の会社法規の現状であると言えよう。しかし、市場経済体制の確立に伴い、会社間、会社と個人の間、また会社内部の関係者の間に様々な行為が総会および取締役会の決議によって行われることは予想にかたくない。したがって、株主総会および取締役会の決議の瑕疵の多様な処理が重要な意味を持つことになり、これに関する法制度の整備を急ぐ必要があると考えられる。

第三節 取締役と經理

一 序 説

周知のとおり、日本の商法においては、昭和二五年の商法改正を境に株式会社の業務執行機関に関する法制度は、根本的に変革した。すなわち、昭和二五年改正前の株式会社法においては、明治四四年の商法改正により、従来の各自代表の原則に対し、会社は定款または株主総会の決議をもって代表取締役を定めうることが認められ、また、昭和一三年の商法改正により、会社は定款の規定に基づいて取締役の互選によって代表取締役を定めうることが認められたことにより、会社の業務執行機関である取締役の内部における機関の分化が少しずつ進められたが、基本的には、会社の業務執行について取締役の共同執行の制度は採らず、取締役の単独執行制が採られていた。⁽³³⁾

しかし、昭和二五年の商法改正は、かような取締役の各自単独代表の原則を排除し、会社の業務執行体制について、取締役全員によって構成される会議体機関である取締役会の設置を要求すると同時に、取締役会において取締役の互選によって選任される代表取締役の設置を要するものとした。そして、取締役会の権限について、取締役会は、会社の業務執行を決定するものとされたが、⁽³⁴⁾さらに、昭和五六年の商法改正により、それまで学説や判例によって確認されていたとも言われている⁽³⁵⁾取締役の業務執行の監督権が法定された。また、代表取締役の権限については、代表取締役は、会社の営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有するものとされている。⁽³⁶⁾昭和二五年の商法改正により、日本の商法における会社の業務執行機関体制は、取締役は、取締役会たる会議体を構成して、業務執行に関する会社の意思決定をなすにすぎず、業務執行自体と会社の代表は、取締役会が選任する代表取締役が行うという会社の業務執行機関を取締役会と代表取締役に二分化する体制となった。かような業務執行体制を採った理由に

については、一般に、それは、昭和二五年改正が従来の株主總會中心主義を捨て總會の権限を著しく縮小したのに伴って権限の著しく拡大された取締役をして慎重かつ適正にその権限を行使させ、しかも取締役会をして代表取締役の業務執行の監督に当らせるためであると解されている。³⁷⁾

ただ、昭和二五年改正後の取締役の法的性質については、取締役全員に共通することは取締役会の構成員としてのその権限の行使に参与することであり、したがって、各取締役はそれ自体としては会社の機関とは言えないとする多数説と、同改正以後においても、取締役は、独立して行使しうる多くの権限を有していること、取締役がその権限を行使するのは自己のためでなく、会社の利益のためであり、それゆえ取締役が有しているのは権利でなく権限であること、また、商法典における会社機関の章別では従来の「取締役」が「取締役及取締役会」となり、取締役を機関として取り扱っていることが明らかであることなどを根拠に、取締役は、単に取締役会の構成員たる地位にとどまらず、会社の機関であると見るべきであると解する説の対立がある。³⁹⁾

また、取締役会と代表取締役の権限関係については、昭和二五年の商法改正の当初から見解が分かれ、両者を個別・独立の並立的機関と見るいわゆる並立機関説と、代表取締役を取締役会の派生機関と見るいわゆる代表取締役派生機関説とが対立してきた。⁴⁰⁾ 並立機関説は、多数説であり、同説によれば、会社の業務執行は、業務執行の意思決定と執行自体とに分かれ、取締役会は会社の業務執行の意思決定を担当する機関であり、代表取締役はその執行自体と会社の代表を担当する機関であって、両者は並立して会社の業務執行機関を構成すると解されている。これに対し、派生機関説は、代表取締役の権限は取締役会に由来するものであり、代表取締役は、言わば取締役会の派生機関であり、会社の業務執行の権限はすべて取締役会に属しており、したがって、取締役会は、業務執行の意思決定はもとより、執行自体を行う権限も有するが、取締役会が自ら業務執行自体をするには当然全体としての取締役がこれに当らなけ

ればならないことから、法はそれが現代企業の機動的・効率的経営の要請にそわないことを考慮し、実際の便宜的観点より代表取締役の選任を要求して、これに業務執行自体などを委任すべきものとしたと解している。

昭和二五年の商法改正以後、以上のような学説の見解の対立はあっても、一九世紀の終わりに始まった資本の集中と企業の集中によってもたらされた企業の所有と経営・支配の分離の現象⁽⁴⁾に対処するため、法は、株主総会の権限を著しく縮小し、その反面において取締役の権限を著しく拡大し、しかも顕著に拡大された取締役の権限の慎重かつ適切な行使を確保するためにそれまで独立した機関としての取締役を取締役会と代表取締役を二分化させるような方向を求めたのである。この歴史的進歩性に対して、学説も判例も疑問を示したことはないと言ってもよいであろう。また、同改正以後の取締役の法的性質、とりわけ改正後の取締役が会社の機関であるかどうかについて学説上の議論があっても、取締役には、独立して行使しうる権利として、取締役会の招集権（商法二五九条）をはじめに、議事録署名および説明義務が予定されている株主総会出席権（商法二四四条二項・二三七条ノ三）、会社法上の各種の訴えの提起権⁽⁴²⁾、検査役の選任請求権（商法一七三条一項）、整理期間開始および終結申立権（商法三八一条一項・三九九条）などが認められていることも、また法によって定められている取締役の義務および責任も、原則として各個の取締役に共通するものであることは言うまでもないであろう。

日本の商法と比較すれば、改革以来の中国の会社立法においては、その第一步を踏み出した外資系企業立法にしても、一九八〇年代の後半から盛んに行われ始めた既存企業の株式化、すなわち株式制企業の設立・運営に関する会社立法にしても、また、一九九二年を境に市場経済体制の確立を改革全体の目標に掲げたことに伴って始まった正式の会社立法の段階にしても、会社の業務執行機関については、日本の商法のような歴史的な変遷がなく、いずれも会社の業務執行機関として最初から会議体機関たる取締役会の設置を定め、かつ取締役会の権限を明確に列挙する方式に

よって、取締役会の業務執行に関する最高決定機関たる法的地位が確認されていることは前述のとおりである。⁽⁴³⁾したがって、中国における株式会社の業務執行機関の最も顕著な特徴の一つは、取締役会の権限が集中的に列挙され、それによって取締役会の合議制性格が明確に示されていることである。また、会社の業務執行自体および会社の代表を担当する機関として取締役会とは別に取締役会において取締役の互選によって選任される董事長と、取締役会によって選任されるが、取締役であることを要しない經理の設置が定められていると言われている。⁽⁴⁴⁾

いずれにせよ、中国の会社立法における取締役については、日本法におけると同様に、すべての取締役に共通する義務と責任が定められているのは事実であるが、取締役が独立して行使しうる権限はほとんど認められていないと言っても過言ではない。すなわち、中国の会社法規における取締役にについては、取締役会の構成員として取締役に出席し、取締役会の決議に加わる権利、いわば取締役の議決権（出席、発言、質問等を含む広義の議決権）のほか、議事録署名権や議事録への自己意見記載権が定められているだけで、そのほか単独で行使できる権限は、ほとんど定められていないのが現状である。したがって、取締役全員に共通する厳しい義務および責任を定める一方、それに相応する権限を定めていないという定め方は、権利と義務が一致する原則を体现しているとは言いがたいと指摘されている。⁽⁴⁵⁾しかし、取締役が取締役会の構成員であることには、日本の商法とさほどの差はなく、かかる取締役がいかに選任・解任され、その報酬についていかに定められており、そして取締役の資格などについて制限が加えられているかどうか、加えられているならば、いかなる制限があるかなどの問題に関する規定を明らかにする必要があると思われる。また、中国の改革以来の会社立法において、日本の商法との比較の観点から最も興味深い問題の一つとして、会社の業務執行自体を担当し、また場合によって会社の代表者にもなりうる立場にある機関として定められている「經理」を挙げるべきであろう。かかる經理は、いかなる法的地位と権限を有し、その選任・解任および報酬はどのように決

められ、そして取締役および董事長などといかなる関係を有しているかの問題を解明することも重要な意味を持つであろう。

二 取締役

(1) 取締役の選任・解任

(イ) 取締役の選任・解任およびその報酬については、一九八〇年代の後半に既存企業の株式制企業への改組を主要な目的として制定された会社法規においては、取締役の選任・解任およびその報酬と支払方式を、株主総会の、株式総数の三分の二以上を有する株主が出席し、出席株主の議決権の半数以上をもってなす特別決議事項として定める法規（深圳国有企業株式化規定二四号・二八条）のほか、取締役の報酬に関する規定はなく、その選任・解任を株主総会の決議事項とし、その決議は、総株主の半数以上が出席し、株式総数の三分の二以上を有する株主の同意決議によって成立すると定めているだけである。また、一定数の株式を有する株主は当然取締役となり、規模が大きく株主数の多い会社においては、取締役は株主総会によって選任すべきであり、取締役会に従業員の代表として会社の労働組合によって選任される取締役を一名含めなければならないという特別の規定を置く法規もある（福建株式規定二九条二項・三〇条・三一条）。また、取締役会は株主総会によって選任される取締役と従業員代表大会によって選任される取締役によって構成されるものと定めるだけで、取締役の数、任期および報酬などについて何らの規定も置かない法規もある（上海株式弁法二〇条）。

これらの法規に対し、一九九二年以後に制定された会社法規においては、いずれも取締役の選任・解任およびその報酬と支払方式については、株主総会の決議を要求している。ただし、そのうち、取締役の選任・解任も、その報酬

および支払方式も、株主総会の普通決議としているものもあれば、そのいずれも株主総会の特別決議としているものもあり、取締役の選任およびその報酬と支払方式を総会の普通決議とし、取締役の解任のみを総会の特別決議としているものもある。

統一会社法においては、取締役の選任・解任も、その報酬に関する事項も、出席株主の議決権の半数以上をもってなす株主総会の普通決議事項として定められている(会社法一〇三条二号・一〇六条二項)が、正当の事由がなければ、任期満了前の取締役の総会による解任は禁止されている(会社法一一五条二項)。統一会社法と同様に、取締役の選任・解任を株主総会の普通決議事項としている法規として、深圳株式規定、海南株式条例、株式規範を挙げることができるが、そのうち、深圳株式規定と株式規範は、取締役の解任について統一会社法のような特別の規定を置いていない点を除けば、取締役の選任・解任のほか、取締役の報酬に関する事項も統一会社法と同様に、総会の普通決議事項としている(深圳株式規定一〇二条七号・一〇三条、株式規範四三条一項六号・四六条一号)⁴⁶。これに対し海南株式条例では、取締役の解任について統一会社法のような特別の規定が置かれていないだけでなく、取締役の報酬に関する規定もない。同条例は、取締役の選任・解任について、株主総会の、株式総数の半数以上の株式を有する株主が出席し、出席株主の議決権の過半数をもってなす普通決議を要求している(同条例九〇条五号・九二条)。このほか、上海株式規定も、取締役の選任・解任を株主総会の普通決議事項とし、総会の普通決議は、株式総数の半数以上を有する株主が出席し、出席株主の議決権の半数以上をもってなすと定めている(同規定六六条四号・六四条二項)。そして単独の条文により、取締役の報酬は会社の定款で定めるかまたは株主総会において決定するものとしている(同規定七三条)が、普通決議と特別決議のいずれを要するかについて明定せず、おそらく普通決議で足りるのであろう。

以上の法規と異なり、深圳株式条例は、取締役の選任・解任およびその報酬に関する事項は、いずれも株主総会の、株式総数の過半数を有する株主の出席と出席株主の議決権の四分の三以上の多数を要件とする特別決議を要すると定める（同条例八二条一項七号・二項・八四条二項）ほか、条文を改めて、取締役の解任は、株主総会の特別決議を要するものとするともに、株主総会が取締役の任期が満了する前に正当な事由なくその職務を解任したときは、職務を解任された取締役は、会社に対して損害賠償を請求することができると定めている（同条例九八条）。これに対し、広東条例は、取締役の選任・解任およびその報酬に関する事項を株式総数の過半数を有する株主の出席と出席株主の議決権の過半数の多数を要件とする株主総会の普通決議を要すると定めた後（同条例九九条七号・一〇一条）、単独の条文をもって、取締役の解任は、株主総会の特別決議を要するものとするが、正当な事由なく任期満了前に解任された取締役は会社に対して損害賠償を請求しうるという、深圳株式条例と同様な規定を定めている（同条例一一一条⁴⁷）。

以上の法規のうち、統一会社法を除く他の会社法規のいずれも、前述したように、株主総会の決議おける法定定足数について、総会を延会して株主の出席を催告するが、それでも定足数が満たされなかったときは、それが満たされたとみなし、出席株主のみの議決権が決議成立の要件に達すれば決議が成立すると定めている。そのうち、かような便宜の方法が総会の普通決議に限って認められているものもある（海南条例がそうである。同条例九六条）が、後者にしても取締役の選任・解任が総会の普通決議事項とされているため、統一会社法以外、他の会社法規では、取締役の選任・解任およびその報酬を含めて法定されている総会決議の定足数の軽減は一定の条件のもとで認められていることになる。これらの法規に対し、統一会社法は、かような便宜の方法を認めていないのみならず、原則として任期満了前の取締役の解任を禁止している。したがって、取締役の選任およびその報酬については、ともあれ、取締役の解任については、統一会社法は最も厳しい対応をしていると言えよう。

このほか、一部の会社法規は、取締役の選任について累積投票制を認めている。外資系企業立法を除き、一般会社立法において初めて株主総会における累積投票制を認めたのは前述した深圳国有企業株式化規定である。同規定は、取締役の選任のみならず、その解任決議についてまで累積投票制を認めたほか、それを日本の商法のように株主の請求権の一つとして認めたのではなく、請求を要しない株主の権利の一つとして認めた点で特徴がある。すなわち、同規定は、株主総会が取締役を選任・解任するときは、累積投票制を実行すると定めている（同規定二六条⁴⁸）。

一九九二年以後の会社法規においては、深圳株式規定は、取締役の選任にあたり、各株式は選任される取締役の数と同数の議決権を有すると定めただけで（同規定一一〇条）、これを株主の請求しうる権利として定めなかったため、その趣旨は上記の深圳国有企業株式化規定と同様なものであると考えられる。

日本の商法における累積投票制に最も近い規定を設けたのは、深圳株式条例と広東条例である。この両条例は、二名以上の取締役を選任するための株主総会を招集する場合には、会社の定款に別段の定めがあるときを除き、株主は、総会の会日から五日前に会社に対して書面により累積投票を請求することができる⁴⁹と定め、その内容について、累積投票を行う場合の取締役の選任決議については、株主は一株につき選任すべき取締役の数と同数の議決権を有し、そして各株主は、その議決権を一人または数人に集中的に投票することができ、投票の比較多数を得た者が当選すると定めている（深圳株式条例九七条、広東条例一一〇条）。中国の会社法規における累積投票制の採用は日本の商法におけるそれと同様な趣旨、すなわち、少数株主を保護し、株主の地位を強化するためという趣旨に出たものであると言ふべきであろう。特に深圳株式条例と広東条例においては、株主が請求しうる期間（総会の会日から五日前）も日本の商法とまったく同様であるため、両条例における累積投票制は日本の会社法のそれを導入したものであるとも言ってもよいであろう。

以上の法規のほか、海南株式条例においては、取締役の選任にあたり、各株式は選任される取締役の数と同数の議決権を有すべきであり、株主はその議決権を分けて数人に投票し、または一人に集中的に投票することができ、その比較多数を得た者より順次当選者となると定められている（同条例九十九条）が、これは、上の深圳株式条例や広東条例と異なり、株主の請求権を認めたものではなく、深圳株式規定やその前の深圳国有企業株式化規定と同様に請求を要しない株主の権利を認めたものであろう。

統一会社法や上海株式規定、株式規範においては、取締役の選任決議における株主の累積投票請求権または累積投票権は認められていない。これもこれらの法規には一般株主、とりわけ少数株主の保護のための規定がきわめて少ないと指摘されていることの現れの一つであると言うほかない。

(ロ) 一九九二年以後の中国の会社法規を中心に取締役の員数およびその任期についての規定を大別すれば、以下のとおりである。

(a) 会社の取締役会は、三名以上とか五名以上の取締役によって構成されるものとするが、三名または五名以上の具体的な取締役の数について、会社の定款が定める。取締役の任期は三年であり（確定的任期）、再任を妨げないと定められている（深圳株式規定一〇九条・一九条一項九号、上海株式規定七〇条・七一条二項・二二条一項六号、株式規範五二条二項・五三条二項・一七条一項九号）。そのうち、深圳株式規定と株式規範では、五名以上の取締役を要求しており、株式規範においては、五名以上であり、かつ奇数でなければならないと定められている。

(b) 会社の取締役会は、三名以上の取締役によって構成されるものとするが、三名以上の取締役の具体的な取締役の数も、その任期も会社の定款によって規定されると定められている（深圳株式条例九一条二項・九五条・二一条一〇号、広東条例一〇七条二項・一〇九条・七三条一、二号、海南株式条例九八条・一九条六号）。そのうち、深圳株

式条例と広東条例では、一個の条文をもって、取締役の数の最低限と定款による取締役の任期の決定を定め、取締役会の構成、その職権および議事規則、具体的員数を定款の絶対的記載事項の一つとして定めているのに対し、海南株式条例では、単独の条文により、取締役の数の最低限たる三名以上であることと、株式規範と同様に奇数でなければならないことが定められ、取締役の具体的員数と取締役の任期が定款の絶対的記載事項の一つとして定められている。いずれも取締役の再任に関する規定を置いていない。

(c) 会社の取締役会は、五名ないし一九名の取締役によって構成され、この範囲内の具体的な取締役の数も、また三年を超えない範囲内の取締役の具体的任期も、会社の定款によって規定されるほか、取締役の再任は妨げないと定められている(会社法一一二条一項・一一五条・七九条七号)。

以上の三つの定め方を比較すると、①のように取締役の任期を確定的に定めると、会社の自治により取締役の信任を新たにする機動性を拘束してしまうおそれがあり、②のように取締役の任期の最高限を定めないと、支配株主の支配により、取締役の任期が長く定められ、一般株主により取締役の信任を新たにする可能性を失わせてしまうおそれがある。したがって、このような不利を防止するため、統一会社法のように、法は、すべての株主の利益を考慮して取締役の任期の最高限を定め、その範囲内における取締役の任期について、会社の自治に委ねるのが最も合理的であろう。また、取締役の数に関する規定については、統一会社法よりは、その他の会社法規のように、法はその最低限度を定め、それ以上の具体的数について、会社が会社の規模などを考慮して定めることができるようにしたほうが合理的であると思われる。ただし、統一会社法のように取締役の数の最低限度とともに最高限度を定めておくと、会社がその規模の急な拡大に応じて取締役の数を増やすことができなくなるおそれがあるからである。もとより、会社が取締役の現員をこの法定の最高限度に近付けておけば、株式の過半数を取得した株主が現員より多くの取締役を選任

して取締役会を直ちに支配することができないという利点はあるが、同様な利点を確保する方法として会社の定款により最高限度を定めることも考えられる。⁴⁹⁾

中国の会社法規における取締役の員数に関し、最も欠如しているのは取締役の欠員に対する措置であると言えよう。

周知のとおり、日本の商法においては、会社の取締役の数が法律または定款に定めた員数（商法は会社の取締役は三人以上とするが、定款でそれ以上の数が定められることもある）⁵⁰⁾を欠くに至った場合（一人でも足りないとき）には、会社は、遅滞なく株主総会を招集して後任の取締役を選任しなければならない（商法四九八条一項一八号参照）。しかし、株主総会の招集には一定の期間が必要であるため、商法は取締役欠員の場合につき、次の措置を定めている。まず、欠員が取締役の任期の満了または取締役の辞任によって生じた場合は、退任した取締役は、新しく選任された取締役が就任するまで、取締役の権利義務を有するものとされている（商法二五八条一項）。退任した取締役が有し続ける取締役の権利義務の性質について明確な規定が置かれていないが、一般に、それは、在任中の取締役の権利義務とまったく同様なものであると解されている。

また、取締役に欠員が生じた場合において必要があると認められるときは、裁判所は、利害関係人の請求により一時的に取締役の職務を行うべき者を選任することができると定められている（商法二五八条二項前段）。この裁判所の選任する者の名称について、法自体も仮処分によって選任される職務代行者（商法一八八条三項・六七条ノ二）と区別せずに職務代行者と呼んでいる場合がある（商法四六八条一項・四九七条一項等）が、一般的には、これを仮処分によって選任される職務代行者と区別するために「仮取締役」と呼んでいる。法は、上の「必要があると認められるとき」について、明確に定めていないが、一般に、取締役の終任により法律または定款に定めた取締役の員数を欠くに至った場合において、退任取締役が取締役としての権利義務を有しないか有することが不適當である（死亡、解

任、欠格事由の発生、病気による辞任などのときのほか、辞任者が引き続き取締役の権利義務を有することを欲しないとき) ため、必要があると認められるときを指すと解されている。⁵¹⁾ また一時的な取締役の選任を請求できる「利害関係人」についても明定されていないが、一般に、株主、取締役(辞任取締役を含む)、監査役、使用人、債権者などがそれに該当すると説明され、仮取締役の権限について、それは、職務代行者の場合(商法二七一条・七〇条ノ二第一項)と異なり、本来の取締役の権限と同様なものであると解されている。

日本の商法と比べると、中国の会社法規においては、統一会社法にせよ、その他の会社法規にせよ、日本の商法における任期の満了または辞任による退任取締役の権限義務の継続に関する規定もなければ、仮取締役にに関する規定も置かれていないのが現状である。

取締役の欠員に対する措置を定めるものとしては、何も規定していない上海株式規定を除けば、統一会社法も、その他の会社法規も、取締役の欠員が一定の数に達することを臨時株主総会の招集の事由の一つとして定めているだけである。ただし、法によってその定められている欠員の数に相違が見られる。たとえば、統一会社法は、取締役の数が同法または定款に定める人数の三分二に達しなかったときは臨時総会の招集ができると定めている(会社法一〇四条一号)。深圳株式条例では、取締役の数が三分の一に達しなかったときと定めている(同条例八一条四項一号)。これらに対しその他の法規では、取締役の欠員の数が法定数の三分の一に達したときは、臨時総会を招集することができる(深圳株式規定九九条三項二号、株式規範四四条三項一号、広東条例九八条三項二号)。唯一、以上の法規と異なる定め方をしているのは海南株式条例である。同条例は、一定数の取締役の欠員を臨時総会招集の列挙事由とせず、単独の条文を設けて、取締役の欠員が三分の一に達したときは、臨時株主総会を招集して欠員を補うための取締役の選任決議を行うべきであるが、会社は定款の規定により前回の取締役選任において当選しなかった候

補者の得た票数によって順次に補うこともできると定めている（同条例一〇一条）。

しかし、中国の会社法規においては、臨時株主総会の招集によるにせよ、また海南株式条例のように前回の落選者の得た票数により順次に補うと定めるにせよ、取締役の欠員が一定の数に達することが前提条件とされているのが問題である。さらに、取締役の欠員が生じた時から株主総会において後任の取締役が選任されるまでの間の欠員に対する措置が最も重要であるにもかかわらず、これについて上述の落選者による補充以外何らの規定も置かれていないのが最大の問題であろう。これにもかかわらず、統一会社法のある解説によれば、株式会社（取締役全員を指す）が任期満了になったにもかかわらず、特段の事由により後任の取締役会がまだ選任されていない場合には、任期満了になった取締役会は、後任の取締役会が選任されるまでその職務を続けることができるが、政府の主管部門が法の定め（どの法なのか不明である）により期間を設けて、株式会社の取締役会の改選を命じたときは、会社はその期間内に取締役会の改選を行わなければならないと解釈されているが、これは会社法の規定に基づいてなされた解釈よりも、一部の会社運営の実務の現状に基づいてなされたものにすぎないであろう。⁵²⁾

しかし、取締役の欠員は、様々な事由、たとえば、取締役の死亡、解任、欠格事由の発生、辞任などにより生じることは想像にかたくないことである。また、取締役の数について、法が一人でなく、最低でも三人以上（中国の会社法規も同様である）を要求しているのは、経営の専門知識およびその経験の大いなる結集によって会社の経営に関する意思決定と実行を行うことを期待しているところにその趣旨があると思われる。⁵³⁾したがって、取締役の欠員に対する措置がなければ、このように法によって期待されている取締役および取締役会の意味が失われてしまうおそれがあると言えよう。中国の会社法規も、このような観点のほか、正規な取締役会の運営は、会社の所有者たる株主や会社債権者の利益にも密接に係わっているという観点から、取締役の欠員に対する措置の規定を整備する必要があるであ

ろう。

(イ) 取締役の資格については、中国の会社法規も、日本の商法のそれに関する規制とほぼ同様な対応をしていると言えよう。現行の日本の商法は、取締役の資格について、別段の規定を置いていないばかりでなく、会社は定款をもってしても取締役が株主たることを要する旨を定めることができないとしている(商法二五四条二項)。これは、昭和二五年の商法改正により、人材を広く株主以外からも求めうるようにするために設けられた規定である。明治三二年の商法が取締役と会社事業の成否との密接な関係を求めて取締役をかならず株主中から選任することを要すると定めていたのに対し、昭和一三年の商法改正は、取締役を株主中から選任することを要しないものとしたが、昭和二五年の商法改正は、定款の規定により取締役の資格を株主に限定することを完全に否定したのである。

しかし、これは、取締役を株主中から選任すること自体を否定した規定ではなく、實際上、取締役を株主中から選任するのが普通であると言われており、人材を株主以外の者から広く求めうるために定款による取締役の資格の株主への限定を禁止した昭和二五年の改正に対して疑問を示している学者もある。⁽⁵⁴⁾

また、日本の商法においては、会社は定款をもって、取締役の資格を会社の従業員に限るとか、日本国籍を有するものに限る旨を定めうるかどうかについて、学説の争いはあるが、これは私的自治の範囲内の問題であると解して、その違法性(法の下の平等を定めた憲法一四条に反するかどうかの問題)を否定した判例もあり(名古屋地方裁判所昭和四六年四月三〇日判決下級民集二二卷三・四号五四九頁)、このような取締役の資格制限を設けることが賢明であるかどうかは、各会社の判断すべき問題であると強調する見解もある。⁽⁵⁵⁾しかし、株式会社のますます顕著になりつつある社会性、すなわち、特に大規模の株式会社においては、数多くの従業員はもとより、様々な事業や取引により会社の債権者を中心に会社との間に利益関係を有する者が増えつつあることを考慮すれば、会社の所有者たる株主の

みで変更しうる定款により取締役の資格制限を設けうることの公正さに疑問を持たざるをえない。

要するに、日本の商法は、取締役の資格について、会社は定款をもってしても取締役の資格を株主に限定することはできないと定めただけで、この規定以外に取締役の資格について別段の規定を置いていないのが現状である。しかし、日本の商法は、取締役の会社の内外におけるその地位の重要性を考慮して、昭和五十六年の商法改正により、取締役の欠格事由を以下のように定めた。すなわち、商法は、①禁治産者または準禁治産者、②破産の宣告を受け復権しない者、③商法、商法特例法または有限会社法に定める罪により刑に処せられ、その執行を終わった日または執行を受けることがなくなった日から二年を経過しない者、④上の罪以外の罪により禁固以上の刑に処せられ、その執行を終わるまでまたはその執行を受けることがなくなるまでの者は、株式会社の取締役となることができないと定めている（商法二五四条ノ二）。

取締役の欠格事由に関する商法の規定について、最も問題となるのは、法人と未成年者が取締役になりうるかどうかである。これについて、昭和五三年に公表された株式会社の機関に関する改正試案は、この両者は取締役にないものと提案していたが、同試案に基づき実現した昭和五十六年の商法改正は、同提案を採択しなかった。その理由については、法人につき、学説上見解の分かれている問題であり、立法論上にも種々の論議のある問題であるため、明文の規定を設けるよりも解釈に委ねておくべきであると判断し、未成年者につき、民法においては、未成年者も、親権者や後見人から営業の許可を得れば、成年者と同一の能力を有すると定められているため、同様な条件があれば、取締役になりうるものとしてよく、かりに未成年者を一律に欠格者とする、同族会社などへの影響が大きいと、判断した結果であると説明されている。⁵⁶⁾

中国の会社法規においては、まず、取締役の資格につき、日本の商法と同様に、取締役の資格と株主との関係につ

いて一定の規定を置いているほか、別段の規定を置かないものが多い。たとえば、深圳株式規定、上海株式規定、株式規範、深圳株式条例、広東条例などにおいては、一般に会社の取締役には、株主または非株主が就任することができる（深圳株式規定一〇九条、上海株式規定七一条、株式規範五三条、深圳株式条例九二条一項前段、広東条例一〇七条三項前段）。そのうち、深圳株式規定は、取締役は株主総会によって選任されるが、総会は株主以外の者を取締役に選任することができると定めている（同規定一〇九条）ため、同規定では、取締役が株主中から選任されることを原則とし、株主以外の者から選任されることを例外としているようにも解釈できよう。また、深圳株式条例と広東条例では、取締役には、株主と非株主が就任することができるが、非株主による取締役の数は取締役会の構成員全員の三分の一を超えてはならないと定めている（深圳株式条例九二条一項後段、広東条例一〇七条三項後段）ため、取締役の大半は株主中から選任され、残りのものは非株主から選任されるものとするのが原則とされているようである。換言すれば、上の深圳株式規定に含まれているような意味合いが法規定により明らかにされたということになるであろう。

以上の法規以外の法規、たとえば、統一会社法と海南株式条例においては、取締役の資格について、取締役の資格と株主との関係はもとより、その他の資格についても何らの規定も定められていない。かような定め方については、これは、取締役の資格を制限しないほか、株主または非株主のいずれも取締役に就任しうることを意味するものであると解されている。しかし、その可否については、同解釈は、国家株が支配株主となっている会社においては、取締役の資格を一定数の株式を有する株主に限定すべきであると強調し、その必要性については、取締役が義務に違反し、会社に損害を与えたときの賠償責任の担保を確保しておくほか、国家株の代表者制約メカニズムおよびその責任体制の確立上の最も重要な内容の一つとして考えるべきであると説明し、また、国家株が非支配株である一般の株式会社

においては、法は、同様な制限を設ける必要はなく、会社の定款にそれを委ねるべきであると強調している。⁽⁵⁷⁾

また、統一会社法が制定される直前の学説では、①中国の会社立法においては、中外合弁有限会社の株式会社会社の組織変更が認められ、かつ外国投資が入っている新設企業の株式会社会社形態の採用が認められているほか、一般の株式会社が外国投資家向けの人民幣特殊株を発行することが認められていること、②中外合弁会社の取締役会は中国側と外国側の取締役によって構成され、当該企業が有限会社から株式会社会社に変更されるときも同然であること、③国家が法人株による会社の設立を奨励していること、④株式会社会社の組織形態が国有企業の改革の重要措置として試行されるようになったのは、企業の所有と経営の分離を実現するためであり、株主と経営者たる取締役を分けて考えるべきであること、などから考えれば、中国の会社立法は、取締役の資格を中国国籍を有する者に限定する必要もなければ、取締役はかならず自然人であると強調する必要もなく、また、取締役の資格と株主との関係については、すでに一部の会社立法（主にすでに公布されていた株式規範等を指している）によって定められているように、取締役に、株主または非株主が就任することができるとすべきであると強調されている。⁽⁵⁸⁾

また、中国の会社法規は、日本の商法と同様に、取締役の欠格事由を明文の規定をもって以下のように列挙しているが、一九九三年に制定された深圳株式条例、広東条例および同年末に制定された統一会社法にせよ、一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定および株式規範にせよ、日本の商法より取締役の欠格事由を厳格に定めている。⁽⁵⁹⁾ただ、一九九二年に制定された会社法規より一九九三年に制定された会社法規は、ある程度それを緩和させたと言える。これは、取締役の欠格事由があまりにも厳格に定められすぎると、取締役に選任できる範囲が狭まり、会社の発展にとって不利であると指摘された結果であろう。

一九九二年の会社法規に定められている取締役の欠格事由の代表的例として、株式規範のそれを取り上げてみよう。

同規範は、その第六一条において、以下の事由のいずれかに該当する者は、会社の取締役または経理に就任することができないと定めている。すなわち、①民事行為能力がなく、または民事行為能力が制限されている者⁶⁰⁾、②経営管理の不良により、法に基づき解散または破産宣告を受けた企業の主要責任を負う取締役、経理または工場長で、抹消が審査・認可された日から三年を経過しない者、③違法な経営により営業許可書を取り消された企業の法定代表者で、営業許可書取消決定の日から三年を経過しない者、④刑期満了により釈放、仮釈放または刑の執行猶予検査期間満了および労働教養が解除された者で、いずれもその日から三年を経過しない者、⑤刑事法に違反し、司法機関により立件調査され、なお事案が終結していない者、⑥国の法律、法規および政策の規定により企業の指導的職務を担当することができない者、を挙げている。

深圳株式規定と上海株式規定においても、ほぼ規範意見と同様な取締役の欠格事由が定められている（深圳株式規定一二三条、上海株式規定七二条）が、深圳株式規定では、候補者の能力に関する事由として、民事行為能力が制限されている者のみを挙げ、民事行為能力がない者が含まれていない（同規定一二三条一号）。これはおそらくただの立法上の誤りであろう。このほか、株式規範の⑥は具体的にいかなる者を指しているか、不明確であるが、深圳株式規定においては、これとまったく同様な規定が置かれている一方、各級機関（党の機関、国家権力機関、行政機関、審判機関、檢察機関）の在職者、現役軍人、公証人、弁護士、証券業在職者、公認会計士および会計検査士は、会社の取締役または経理に就任することができないと定められている（同規定一二三条六号・七号）。後に見るように、その後の立法、特に統一会社法の規定から見れば、株式規範の⑥は、実は国家公務員を指していると考えるべきであろう。株式規範および深圳株式規定と比べると、上海株式規定は、株式規範の③と⑤、すなわち、違法な経営により営業許可書が取り消された日から三年を経過しない当該企業の法定代表者と刑事法違反者で、立件調査され、なお事

案が終結していない者を欠格事由に挙げていないほか、深圳株式規定における各級機関の在職者も、欠格事由となっていないばかりでなく、各級国家機関の在職者、現役軍人および証券業在職者は、所属機関の派遣でなければ、取締役を兼任することができないと定めているから、これらの在職者はその所属機関の派遣を受ければ、取締役に就任することができるということになるであろう（同規定七二条参照）。これは、国有企業が株式会社に改組されたとき、国家機関からの取締役の派遣を可能にすることを考慮したものにすぎないと思われる。

また、深圳株式規定では、同一人の二つ以上の会社の取締役の兼任が禁止されると同時に、法人は、取締役になりうるが、一人の自然人をその長期代表に指定しなければならぬと定めて、法人も取締役に就任できることが明定された（同規定一二四条）。

以上の規定からも明らかであるように、上述の一九九二年の会社法規は、日本の商法より取締役の欠格事由を厳格に定めている。したがって、上述したように学説においては、取締役の欠格事由に関する規定を厳しく定めすぎると、その適用範囲が当然に広がり、逆に取締役に就任できる候補者の範囲が狭まり、これは、会社の発展にとっては望ましいことではないと指摘されたうえ、①犯罪者の範囲をできるだけ会社の管理・経営に限り定め、しかもイギリス会社法のように、詐欺行為者を制限すべきこと、②犯罪を故意行為者に限るべきこと、③仮釈放、執行猶予刑、労働教養解除、立件調査を受けたものを刑期満了釈放者と区別すべきこと、取締役の欠格事由はすべて法により定め、政策の規定により定めるべきではないこと、などを根拠に挙げて、取締役の欠格事由に関する上述の規定の改善が主張された。⁽⁶¹⁾

このような指摘もあって、一九九三年に制定された会社法規、とりわけ同年末に制定された統一会社法においては、それほど大きな修正はなかったと言っても、上述の学説により指摘されたように、一定の緩和策を講じたことも事実

である。

まず、統一会社法においては、取締役の欠格事由として、以下のようなものが挙げられている。①民事行為能力がなく、またはそれが制限されている者、②横領、賄賂、財産侵奪もしくは財産流用罪または社会経済秩序破壊罪を犯し、判決により刑罰を受け、執行期間満了後五年を経過せず、または犯罪により政治的権利を剥奪され、執行機関満了後五年を経過しない者、③経営不良により破産清算された会社または企業の取締役、工場長または経理を担当し、当該会社または企業の破産に対して個人責任を負い、その破産清算終了日から三年を経過しない者、④違法により、営業許可書を取り消された会社または企業の法定代表者を担当し、かつ個人責任を負い、その取消日から三年を経過しない者、⑤個人的に負う金額が比較的大きい債務の期限が到来したのに完済していない者、である（会社法一二三条二項・五七条一項）。

また、統一会社法は、法定欠格事由に違反した取締役などの選任決議の効力について、会社が法定の欠格事由に違反して取締役を選出し、また任命した場合には当該選任または任命はこれを無効とすると定めて、それまで明らかにされていなかった法定欠格事由に違反した取締役の選任決議の効力問題に明確な規定を設けた（会社法一二三条二項・五七条二項）。なお、統一会社法は、上述の一九九二年の会社法規はもとより一九九三年に制定された深圳株式条例、広東条例などにも定められている「法律、法規（政策が含まれている場合もある）により会社の取締役を担当しえない者」という意味のやや不明な規定を排除して、明確な規定をもって、国家公務員は、会社の取締役・監査役および経理を兼任してはならないものとする（会社法一二三条二項・五八条）。

一九九三年に制定されたその他の会社法規のうち、深圳株式条例には、なお有期懲役以上の刑罰を判決され、刑期満了により釈放された日から三年を経過しない者が取締役に就任できないと定められている（同条例九六条一項二号）。

が、広東条例では、このような会社法による罪以外の犯罪については、刑事犯罪により、刑罰を判決され、刑期満了により釈放、仮釈放または執行猶予検査期間満了の日から一年を経過しない者は取締役に就任できないと定めて、一定の緩和を示していると同時に、刑事犯罪の範囲を経済分野と重大な刑事犯罪に限定して、社会主義経済秩序破壊罪、財産侵奪罪または重大な刑事犯罪を犯し、五年以上の刑罰を判決され、刑期満了後三年を経過しない者は取締役に就任しえないと定めている（同条例一二二条・三八条三号・四号）。海南株式条例も、刑事法違反者については、経済犯罪により刑罰を判決され、刑期満了後三年を経過しない者は取締役に就任しえないと定めて、それを厳格に経済分野に限定している（同条例一〇〇条三号）。一九九三年に制定された会社法規のうち、統一会社法以外の法規は、いずれも、一九九二年の会社法規と同様に、刑事法に違反し、立件調査され、なお事案が終結していない者も取締役の欠格事由の一つとして定めている（深圳株式条例九六条一項二号、広東条例一二二条・三八条二号、海南株式条例一〇〇条二号）。

総じて言えば、中国の会社法規のうち、取締役の欠格事由について、最も緩和的に定めたのが統一会社法であると言えよう。ただし、統一会社法は、上に述べたように、その他の会社法規に見られるような「法律、法規により取締役などに就任できないとされている者」という意味のやや不明な規定と「刑事法に違反して立件調査を受け、当該事案が終結していない者」に関する規定を排除したばかりでなく、刑事法の犯罪者について、それを厳格に、横領、賄略、財産侵奪、財産流用罪または社会経済秩序破壊罪を犯した者と刑事犯罪の判決により、政治的権利を剥奪された者に限定し、経営者の経営責任などについても、企業の破産または営業許可書の取消などに対して「個人責任」を負う者と厳格に定めているからである。ただし、上述の刑事犯罪者に対して、刑期満了後五年を経過しない者と定めているから、その他の会社法規よりやや厳しく定めたところもある。

いずれにせよ、会社の役員、とりわけ株式会社の経営者たる取締役の地位は、会社の内外において最も重要な意味を持つものであるため、取締役の欠格事由を明確に定める必要は誰しも否定しないであろう。しかし、取締役の欠格事由の法定化があまりにも厳格になりすぎると会社の経営者たる人材を広く求めることが拘束されるおそれがある。したがって、法は、日本の商法のように、最も基本的な事由を定めるとどめ、それ以上の制限を設けることが賢明かどうかについては、それを会社の自治に委ねるべきであろう。

(2) 取締役の権限

前述したように、日本では、昭和二五年の商法改正前においては、たとえば、明治四四年の商法改正により、会社の代表について、会社は定款または総会の決議をもって会社を代表すべき取締役を定めうるとされ、昭和一三年の商法改正により、さらに一歩進んで、会社は定款の規定に基づいて取締役の互選によって代表取締役を定めうるとされたが、法は、原則として、明治三二年の商法によって確立された単独業務執行体制、なすわち、各取締役が会社の業務執行を担当し、会社を代表する（各自代表）権限を有するという会社の業務執行体制を維持した。

昭和二五年改正により、取締役は、取締役の全員によって構成され、会社の業務執行を決定するとともに、会社の業務執行を監督する権限を有する取締役会と、取締役会の選任決議をもって、取締役から選任され、会社の業務執行自体を担当し、会社を代表する権限を有する代表取締役に二分化され、それまで会社の業務執行権と代表権を有していた取締役は、単独で行使しうる一定の権限、たとえば、株主総会への出席権や、会社法上の各種の提訴権、検査役選任請求権、会社の整理開始および終結申立権などを認められてはいても、原則として取締役会の構成員として、取締役会に出席し、議決権行使を通して会社の経営に参与するほかに、それほど大きな権限を持たない存在に後退した。改革以来の中国の会社立法においては、日本の商法における取締役の内部の機関分化のような変革がなく、統一会

社法にせよ、その他の会社立法にせよ、会社の業務執行機関として最初から取締役会の設置を要求し、会社の業務執行自体および会社の代表を担当する機関として取締役会によって選任・解任される董事長および經理の設置を要求している。また、中国の会社法規では、日本の商法における会社の設立無効の訴え、株主総会の決議の取消・不存在・無効確認の訴え、新株発行無効の訴え、資本減少無効の訴え、合併無効の訴え、などのような訴訟制度が整備されておらず、取締役にそれらの訴えの提訴権も、株主総会における説明義務も定められていない。そのため、中国の会社法における取締役は、取締役会の構成員として、それに出席し、議決権の行使を通じて会社の経営に参与する権限、いわゆる取締役会における広義の議決権のほかに、あるとすれば、一部の会社法規において認められていると見るべき株主総会の議事録署名のための総会出席権（会社法一〇九条、深圳株式条例八九条、広東条例一〇五条等）とすべての会社法規において認められている取締役会の議事録への署名および意見記載権（会社法一一八条、深圳株式規定一一三条、深圳株式条例一〇七条、上海株式規定七九条、広東条例一一八条、海南株式条例一〇八条・九七条、株式規範五七条二項）を有するだけである。

中国の会社法規のうちで、深圳株式条例のみは単独の条文をもって、以下のように取締役の権利を列挙している。すなわち同条例は、取締役は、①取締役会に出席し、議決権を行使する権利、②定款の規定または取締役会の委任により会社を代表する権利、③定款の規定または取締役会の委任により会社の業務執行を担当する権利、④定款の規定または株主総会の授權によるその他の職権、を有すると定めている（同条例九四条一項）。しかし、同条例は、それと同時にその他の会社法規と同様に、取締役会において取締役の互選によって選任される董事長が会社の法定代表者となり、董事長がその職務を履行しえない場合は、同様な方法によって選任される副董事長が代行すると定めている（同条例九九条・一〇一条）。このほか、会社の日常業務執行について、取締役会によって選任される經理がこれに当

り、經理が履行しえない場合は、經理の指名に基づいて取締役会が選任する副經理が代行すると定めている（同条例一一〇条）。したがって、同条例が定めている上記の取締役の権利のなか、取締役会への出席権および議決権以外の権利は、董事長もしくは副董事長または經理もしくは副經理に選任されないかぎり、実効性のないものであると言わざるをえないであろう。

また、一部の会社法規においては、三分の一以上の取締役の提案が臨時取締役会の招集事由の一つとされている（深圳株式規定一一一条、深圳株式条例一〇三条、広東条例一一五条、株式規範五六条）が、これは、一種の少数取締役権とも言うべきものにすぎず、日本の商法における取締役の取締役会招集権とは次元の異なるものである。

要するに、中国の会社法規においては、取締役は、ただ取締役会の構成員であり、取締役会への出席を前提に会社の経営に参与できるとしか規定されておらず、個別的な権限を持たないものとされていると言えよう。したがって、前述したように、学説においては、会社法規は、その一方において取締役全員に共通する義務および責任を定め、という相反的な現状を踏まえて、権利と義務の一致原則の維持と会社の経営管理の権限の董事長および經理への集中の防止のために、今後の実務から取締役個人のあるべき地位と役割の確定を探索する必要があるとすでに指摘されている。⁶²⁾

三 經理

(1) 經理の意義

(イ) 法の規定自体から考えれば、經理は、日本法における商業使用人たる支配人に該当する用語に訳したほうが適切であるかもしれないが、会社の運営管理の実態を見る限り、日本法の社長に最も近い機関になるであろう。ただ、

前述したように、經理の法における地位が不明確であるため、本論文においては、そのまま使用することにする。

中国においては、取締役および董事長などの概念は、改革開放政策が実施されて以来、外資系企業立法によって初めて確立されたものであるのに対して、經理は、新中国が成立して以来、その名称の使用に史的切斷がなく、しかも従来の国有企業や集団所有制企業などにおいても使用され、改革開放以来の会社立法における經理の法的地位および権限などに関する規定は、このような従来の企業立法のそれに関する規定からの影響を相当に受けていると言われている。⁶³⁾

新中国成立から改革開放政策の開始に至るまでの間の国有企業および集団所有制企業における經理体制は別として、改革開放以来の企業立法に限って言えば、經理の用語は、一般に国有企業と集団所有制企業を中心に企業組織間の連合により設立された連合会社の経営者のほか、私営企業法における有限会社の経営者を指すものとして使われていると言える。ただし、前述したように、改革開放とともに、企業間の協業・連合関係を強めるために、專業会社および連合会社の設立などが大いに推進され、数多くの專業会社また連合会社が企業間の結合体として設立され、これらの会社の業務執行担当者および会社の法定代表者として經理が定められ、また、外資系企業立法以外に私営企業立法によって認められた有限会社にも經理の存在が認められているからである。たとえば、一九八三年に制定された「国营工業企業暫定条例」、一九八八年に制定された「中華人民共和國全人民所有制工業企業法」および同企業法の特別実施条例として一九九二年に制定された「全人民所有制工業企業經營メカニズム轉換条例」、一九九一年に制定された「都市・鎮集団所有制企業条例」などにおいては、これらの企業の業務執行体制として、工場長または經理責任制を實行する原則が確認されている（八三年の暫定条例四条、八八年の企業法七条、九二年の条例三條四号、九一年の条例九條二号等）。これらの法規のいずれにおいても經理は工場長の括弧用語とされている、すなわち、「工場長（經理）」

という形がとられているが、これは、単一の国有企業または集団所有制企業の場合には、工場長責任制の実行が要求されるのに対し、国有企業や集団所有制企業などの連合による会社——それが国有制のものであれば、国有企業法、それが集団所有制のものであれば、集団所有制企業法の適用を受ける——の場合には経理責任制の実行が要求されることを意味するものであると解すべきであろう。このほか、一九八八年に制定され、有限会社を私営企業の一組織形態として認めた私営企業暫定施行条例にも経理の用語が使用されている(同条例三六条参照)。

かような意味における会社、すなわち、企業間の連合による連合会社および私営企業法における有限会社のような会社(一九八〇年代初期から始められた株式制企業試行によるもの)の概念およびその代表について、初めて明確な規定を定めたのが一九八五年に国家工商行政管理局から公布された会社登記管理暫定規定⁶⁴である。同規定によれば、会社は、同規定の所定手続によって設立され、独立財産を有し、自主経営を行い、損益を自己負担し、法に基づいて責任を負い、生産経営またはサービス業務を営む経済実体であり、会社は法人であり、董事長または経理が法人代表であるとされている(同規定二条)。

要するに、中国における経理という概念は、改革開放政策以後にしても、すでに従来の企業立法により、企業の業務執行と企業の法定代表者を担当する経営者として確立されている。そればかりでなく、従来の企業立法における経理体制は、それと異なる会社立法にも大きな影響を与えていることはすでに指摘されている。すなわち、会社立法において、経理が会社の業務執行および代表を担当する一機関として定められているのはこのような従来の企業立法からの影響である。

それにもかかわらず、中国の会社法規における経理に関する規定は、きわめて複雑なものであるため、改革開放以来の最初の会社立法である外資系企業立法や、一九八〇年代後半に行われた既存企業の株式制企業への改組のための

会社立法、そして一九九二年の市場経済体制の確立の方針が明らかにされたばかりの時期に行われた会社立法において上述の従来の企業立法における経理体制と同様なことが言えるとしても、それ以後の会社立法、とりわけ統一会社法においては、経理の概念には、従来の企業立法における経理と比べ、かなりの変革が見られるため、一概には同様なことが言えないであろう。

以下において、改革開放以来、会社立法の第一歩を踏み出した外資系企業法、特にその最も代表的なものとしての中外合弁企業法、一九八〇年代後半における株式制企業を規制するための会社立法、そして一九九二年の会社立法と一九九三年の会社立法という順に、会社立法における経理に関する規定を分析することを通じて、経理の意味またはその法的地位を明らかにすることにしよう。

(ロ) 中外合弁企業法においては、前述したように、有限会社がその組織形態とされているにもかかわらず、日本の有限会社の社員総会のような企業の所有者たる出資者による意思決定機関の設置が要求されておらず、その代わりに中国側と外国側の出資者の派遣および更迭する三人以上の取締役によって構成される取締役会の設置が会社のすべての重要な事項を決定する機関として、すなわち、会社の最高意思決定機関として要求されている（合弁法六条、合弁条例三三条・三四条等）。それと同時に、会社の経営管理機構（業務執行機関）を設け、それには、一名の総経理のほか、若干名の副総経理などを置き、後者が前者を補佐するが、いずれも、取締役会によって選任・解任されると定められているほか、総経理は会社の日常業務執行を担当するほか、取締役会により授權された権限範囲内において会社を代表し、企業内部の部課長などの管理職員を選任・解任する権限などを有するものとされ、また、取締役会の選任決議があれば、董事長（会社の法定代表者）・副董事長・取締役が総経理・副総経理などを兼任しうるとされている（合弁法六条、合弁条例三八条・三九条・四〇条二項等）。

以上の規定からも明らかであるように、合弁企業においては、明確な表現が避けられているが、後の会社立法において見られる、いわゆる「取締役会指導下の経理責任制」体制が採られ⁶⁵、そのもとで総経理に会社の日常業務執行のほか、取締役会の授権による会社の代表権が認められている。また、総経理は、会社の自治に委ねられる任意のものではなく、法によって要求されている会社の常置かつ必要な機関とされているため、合弁企業における総経理は、日本の株式会社における社長に最も近いものである。しかし、総経理に認められた代表権は、取締役会の授与によるものであるため、厳密的に言えば、あるいは日本法の観点から言えば、代表権ではなく一種の代理権にすぎないものである。このような代表権と代理権の混乱はその他の会社法規にもみられる問題としてすでに指摘されている。⁶⁶

(イ) 一九八〇年代の後半に、既存企業の株式制企業への改組に法的根拠を与えるとともに、会社の組織運営を規制するために制定された会社法の代表的なものには、前にしばしば触れた深圳国有企業株式化規定と、それと同じ一九八六年に制定された上海株式弁法、一九八八年に制定された福建株式規定がある。

これらの規定のうち、上海株式弁法のみが、総経理という用語の代わりに、ただの経理という用語を用いて、会社は、経理責任制を執行し、経理には、取締役会の決議を執行するほか、副経理およびそれ以下の管理職員を選任・解任し、会社の日常業務の執行を担当し、取締役会の委任により会社法人の代表にあたる権限があると定めている。言うまでもなく、経理は取締役会によって選任・解任されるものとされている(同弁法二〇条一項・二一条)。

これに対し、深圳国有企業株式化規定と福建株式規定は、いずれも合弁企業法と同様な総経理・副総経理の用語を使っているが、規定の内容には一定の相違が見られる。深圳国有企業株式化規定では、合弁企業法の場合と同様に、一名の総経理と若干名の副総経理による会社の経営管理機構、すなわち会社の日常業務執行機関の設置が要求されると同時に、総経理も副総経理も取締役会によって選任されるが、副総経理は総経理を補佐するものであり、総経理は

取締役会に対して責任を負うものとされ、合弁企業法の場合と同様に董事長などの経理兼任も認められている。ただし、総経理の権限は、取締役会・董事長のそれとともに定款の規定に委ねられている（同規定三三条・三四条）。これに対して、福建株式規定においては、株式制企業の総経理・副総経理は、政府またはその授權部門により選任・解任することが必要とされている企業を除けば（法的根拠は不明）、取締役会によって選任・解任される（同規定三二条一項五号）が、総経理（副総経理との関係についての規定は定められていないが、総経理の権限しか定めていないこともあって、同規定においても副総経理は総経理の補佐として位置付けられていると考えられる）は、会社の日常業務執行を担当するほか、一部の企業においては、取締役会の授權により会社の法定代表者に就任することができる（同規定三三四条二項・三五条）。このほか、同規定は、政府の關係部門の許可があれば、外国の投資者も総経理に就任しうると定めている（同規定三三四条一項）。また、同規定には総経理・副総経理の政府およびその授權部門による選任・解任のほか、一部の企業について取締役会の授權による総経理の会社代表権のような、比較的保守的または意味不明の規定も見られるが、後に詳しく見るように、同規定は、改革以来の会社立法において初めて総経理の業務執行の権限を明確に列挙する方式を採用している立法でもある（同規定三三四条二項）。

いずれにせよ、一九八〇年代後半の会社立法のうち、深圳国有企業株式化規定を除く他の法規は、経理の法的地位について基本的には合弁企業法と同様な規定を設け、用語として経理よりも総経理のほうをよく用い、総経理は、会社の業務執行自体を担当する権限のほか、取締役会の授与による会社の代表権を有する会社の必置のみならず常置かつ必要な機関であると位置付けられている。したがって、会社の代表権と代理権の混乱問題は、依然として残されているが、この時点の経理は、いずれかといえば、日本の株式会社の社長に最も近いものであると言えよう。

(二) 一九九二年の会社法規のうち、海南株式条例だけが会社が二名以上の経理を置く場合は、そのうちの一名を総

経理とすべきと定めている（同条例一〇九条）。他の法規、すなわち、深圳株式規定と上海株式規定も、株式規範も、総経理・副総経理の用語を使わず、その代わりに、一名の経理と若干名の副経理の用語（深圳株式規定と上海株式規定の場合）、または経理の用語のみ（株式規範の場合）を用いている。また、海南株式条例も含めて一九九二年の会社法規のいずれも、経理と副経理の関係につき、後者は前者を補佐すると定め、一九八八年の福建株式規定の場合と同様に、経理の行使しうる権限を明確に列挙している点で共通している。

具体的にみれば、深圳株式規定と上海株式規定は、経理の法的地位についてはほぼ同様な規定を定めている。すなわち、いずれにおいても、取締役会指導下の経理責任制の実行が明言されているほか、取締役会によって選任・解任される一名の経理は会社の必置機関とされ、明確な規定によって列挙されている経理の権限のいずれも、たとえば、会社の業務執行にあたる権限にせよ、または会社を代表する権限にせよ、会社の定款の規定または取締役会の授權に基づいて初めて行使しうるものとされている。また、一般の取締役の経理兼任については明確な規定が置かれていないが、董事長の経理兼任は原則として禁止するものと定められている（深圳株式規定一〇八条、上海株式規定八四条一項・三項）。これは、企業の株式制企業化の過程において、政府部門の責任者が董事長を兼任する場合が多く、これにより董事長の形骸化問題が生じていると指摘されていることを配慮⁽⁶⁷⁾し、かような状況から会社の業務執行自体の担当機関たる経理の形骸化を防ぐために出たものである。このほか、両規定は、ともに経理の権限行使の、株主総会・取締役会の決議違反、または授權範囲の踰越を禁止している（深圳株式規定一二〇条、上海株式規定八七条）が、禁止違反の場合の措置について何ら規定していない。これに対し、海南株式条例は、経理の権限行使が法律・定款・株主総会または取締役会の決議に違反し、または授權範囲を踰越し、会社に損害を与えた場合は、経理は会社に対して損害賠償の責任を負うのみならず、重大な過失により第三者に損害を与えた場合、第三者に対して会社と連帯して賠

償責任を負うものと定めている（同条例一二二条・一〇六条）。

しかし、深圳株式規定においては、一名の経理も若干名の副経理も取締役会によって選任・解任される会社の必置機関とされているのに対し、上海株式規定では、若干名の副経理が会社の任意機関とされているのみならず、国家株と法人株が支配株となっている会社の経理は、国家または法人を代表する部門または機構の指名に基づいて取締役会が選任・解任するものとされている（同規定八四条一項・二項）。また、上述したように、深圳株式規定と上海株式規定では、列挙されている経理の権限のすべてが会社の定款の規定または取締役会の授權によるものであるとされているのに対し、株式規範では、列挙されている経理の諸権限を規制しうるのが会社の定款のみであるとされている（同規範六〇条）。したがって、株式規範における経理は、会社の定款に別段の定めがないかぎり、法定されている権限、すなわち、会社の内部的な業務執行を担当すると同時に、会社を代表して対外的な業務執行を行う権限を有する機関とされているため、日本の株式会社社の社長に最も近い存在であると言わなければならない。

また、海南株式条例においては、会社の定款の規定または取締役会の授權があれば、経理は、会社の純然たる内部的な業務のほか、会社を代表して対外的な業務執行を行うことができることとされ、取締役の経理兼任も認められている（同条例二一〇条二項・一一一条）が、同条例によれば、経理は、会社の任意機関とされているのみならず、深圳株式規定と上海株式規定と同様に、経理のすべての権限は、定款の規定または取締役会の授權によるものとされているため、同条例における経理は、日本の株式会社社の社長よりはむしろ商業使用人たる支配人に最も近いものであると言えよう。⁽⁶⁸⁾

(ホ) 以上の会社法規と比較すれば、一九九三年に入って制定された会社法規の経理に関する規定には一定の変化が見られる。広東条例では、会社の経理・副経理が会社の任意機関とされているのみならず、定款の規定によって設置

される場合の経理・副経理は、取締役会によって選任・解任され、会社の日常業務執行を担当し、会社の定款または取締役会の授權によりその職務を行使するものと定められているだけである(同条例一二〇条)。上述の会社法規と異なり、会社の定款または取締役会の授權のもとで行使しうる権限が明確に列举されていないばかりでなく、定款または取締役会の授權による会社の日常業務執行権には、会社の代表権が含まれるかどうかについては、法解釈上において可能であるとしても、上述の会社法規のように明確にされていないのが問題になりかねない。この点に関しては、同年に制定された深圳株式条例と統一会社法にも同様な問題が見られると言えよう。

深圳株式条例においては、取締役会によって選任・解任される一名の経理が会社の必置機関とされながら、経理の指名に基づいて取締役会において選任・解任され、経理の補佐を務め、経理の職務履行不可能の場合において経理の職務を代理する若干名の副経理は会社の任意機関とされている(同条例一一〇条)。また、経理の職務は、上述の会社法規と同様に、明確に列举されているが、そのうち、会社の定款または取締役会の授權により行使すべきものとされているのは会社の日常業務執行権のみであり、列举されているその他の職務はすべて法定の職務となり、かような制限が定められていない。ただし、列举されている職務のうち、「定款または取締役会の授權によるその他の職務」という項目があるが、授權による会社の代表権は含まれていない。もとより定款または取締役会の授權によるその他の職務が認められているため、経理は授權による会社の代表権を有することも可能であると解釈することができる。そして、上述の会社法規ほど積極的ではないと解すべきであろう(同条例一二二条参照)。

これに対し、統一会社法では、会社は、取締役会によって選任・解任される経理(副経理や経理の員数などについて何らの規定も置かれていない)を設置し、経理は、取締役会に対して責任を負い、本法に定める以下の職務を行使するものであると定めているほか、列举されている経理のすべての職務は、会社の日常業務執行権も含めて、定款ま

たは取締役会の授權によるという制限を受けないものとされている。すなわち、經理の職權は、法定職權となっているが、深圳株式条例と同様に、列挙されている經理の職權のなかに会社の代表權が含まれていない。もとより統一会社法も、深圳株式条例やその他の会社法規と同様に定款または取締役会の授權による經理の職權の拡大を認めているばかりでなく、取締役会の閉会中における董事長の取締役会の一部の權限の行使のほか、取締役会の決定による取締役会の構成員の經理兼任も認められているため、一般に、經理は、会社の定款または取締役会もしくは董事長の授權により会社の代表權を有することが可能であると解されている。⁶⁹

しかし、統一会社法は、經理の職權の法定化を実現し、会社の定款、取締役会および董事長の授權による經理の職權の拡大を認める一方、深圳株式条例や広東条例と同様に、經理の会社の代表權について消極的な態度を取っていることも否めないであろう。後で見るように、中国の改革開放以来の会社立法における最大の問題の一つとして、会社の法定代表者に就任するのが董事長のみか、または董事長のほかに、總經理・經理、場合によって副總經理・副經理も就任できるかに関する規定がきわめて不明確であるとしば指摘されている。⁷⁰ そののみならず、立法論の立場から、会社の法定代表者は、法定代表者＝董事長という図式と法定代表者＝總經理という図式のいずれかに確定され、前者よりも後者のほうが最も中国の会社の実体に合致するので、後者に確定されるべきであると提案されている。しかし、一九九三年の会社立法、とりわけ統一会社法は、指摘されているかような問題を考慮したに違いないが、会社の法定代表者を法定代表者＝經理という図式ではなく、法定代表者＝董事長という図式のほうに確定する方向をとったのではないかと解しうるであろう。⁷¹

(2) 經理の權限

經理の權限については、合併企業法では、總經理の取締役会の決議の執行、会社の日常業務執行の担当、会社の内

部の部課長などの管理員の選任・解任のほか、取締役会により与えられた権限の範囲内における会社の代表権が認められていることは前述したが、合弁企業法においては、取締役会の機能があまり重視されておらず、取締役会の権限や会社の代表権に関する法規定の不明確などの原因により合弁企業の取締役会の形骸化が進み、企業の経営の実権は総経理に握られていることがしばしば指摘されている。⁷²⁾

一九八〇年代後半に既存企業の株式企業化を規制するために、制定された会社法規のうち、深圳国有企業株式化規定では、經理の権限について規定せず、それが会社の定款に委ねられているが、これに対し、上海株式弁法においては、經理には、取締役会の決議の執行のほか、副經理以下（副經理を含む）の経営管理員の選任・解任権、取締役会の委任による会社の代表権および会社の業務執行権があると定められている。前述したように、この時点において列举方式によって初めて經理の具体的な権限を明定したのは福建株式規定である。同規定は、一部の会社において取締役会の授与により經理が会社の法定代表者に就任しうると定めるほか、經理は、会社の業務執行（原語は「生産經營管理」）を担当し、以下の職権を行使するものであるとし、①取締役会の決議を執行しかつその執行の状況を取締役会に報告すること、②会社の年度計画、財務予算決算案、税引後の利益および利息の分配案を決定し、または取締役会の承認を求めること、③会社内部の機構設置を決定し、会社の中堅責任者を選任・解任すること、④取締役会または政府の主管部門に副經理およびそれと同級の責任者の選任・解任を求めること、⑤法の定めに基づいて、従業員の採用・賞罰・解雇を行うこと、⑥会社の定款の規定によるその他の職権を行使することを定めている（同規定三四条二項・三五条）。

同規定における經理権限の列举方式は、広東条例を除き、それ以後のすべての会社法規において採用されている。もとより列举されている經理の権限の内容には一定の相違が見られる。たとえば、一部の会社法規では、列举されて

いる権限のすべては、会社の定款または取締役会の授權により行使しうるものとされ、そのなかに会社の代表権も含まれている（深圳株式規定一一九条、上海株式規定八六条一項、株式規範六〇条一項、海南株式条例一一一条）が、統一会社法では、經理は取締役会に対して責任を負うと定められているが、經理の権限のいずれも、法定されたものとなり、定款または取締役会の授權によるという制限の規定は定められていない（会社法一一九条）。深圳株式条例における經理の権限のうち、会社の日常の業務執行権を除く他の権限はいずれも、統一会社法と同様に法定されている（同条例一二二条）。ただし、統一会社法と深圳株式条例は、いずれも經理が会社の法定代表者に就任しうるかどうかについての明確な規定を避けている反面、その他の会社法規に定められていない經理の取締役会への出席権を認めている（会社法一一九条二項、深圳株式条例一二二条六号）。また、定款または取締役会の授權による經理の権限の拡大については、その他の会社法規のいずれも、取締役会の授權による拡大のみを認めている（深圳株式規定一一九条七号、上海株式規定八六条一項七号、株式規範六〇条一項七号、海南株式条例一一一条六号）のに対して統一会社法と深圳株式条例は、定款と取締役会の双方の授權による拡大を認めている（会社法一一九条一項八号、深圳株式条例一二二条七号）。

以上の相違点を除けば、ほとんど同様な經理の権限が列举されている。これについて、統一会社法を例に見ると、經理は、①会社の生産經營管理活動の主宰と取締役会の決議の実行の総括、②会社の年度經營計画・投資案の実行の総括、③会社の内部管理機構の設置案と会社の基本管理制度案の作成、④会社の具体的規則の作成、⑤副經理・財務責任者の選任・解任の提案、⑥その他の管理責任者の選任・解任、の権限を行使するものとされている（会社法一一九条一項、深圳株式規定一一九条、上海株式規定八六条一項、海南株式条例一一一条、深圳株式条例一二二条等参照）。また、深圳株式規定と上海株式規定においては、一般の取締役については不明確であるが、董事長の經理兼任が原

則として禁止されており、統一会社法と海南株式条例においては、取締役会の決定による取締役(董事長も含まれる)の経理兼任が認められていること、また、深圳株式規定、上海株式規定および株式規範では、経理の権限行使の株主総会および取締役会の決議の違反または授權範囲の踰越が禁止されているが、違反したときの措置についての規定はなく、これに対し、海南株式条例では、経理の権限行使の法律・総会および取締役会の決議の違反による会社の利益の損害および重過失による第三者の利益の損害に対する賠償責任が明確に定められていること、などは前述のとおりである。経理の違法な権限行使の効力などについて最も規定が欠如しているのは統一会社法や深圳株式条例などである。

以上の規定からも明らかであるように、中国の会社法規における経理の法的地位は、きわめて不明確である。すなわち、会社の経理は、日本法における代表取締役のような包括的代表権を有する会社の代表機関なのか、それとも日本法における包括的代理権を有する商業使用人たる支配人のようなものなのか、あるいはそのいずれにも該当しない中国法上の独特なものなのかは、きわめて判断しにくいものである。そればかりでなく、法理論や一般の理論界における見解も相当に異なっている。

そのうち、法理論において以下のように論じている見解がある。従来の会社法によれば経理は、会社の定款の規定によって任意的に設置される会社の業務執行の常置の機関であり、会社の内部的な業務執行を担当し、会社を代表して対外的な業務を行う面では、会社の取締役会とはほぼ同様な性質を有する機関ではあるが、取締役会と異なり、経理は、会社の業務執行機関そのものではなく、取締役会の業務執行を補助し、かつ取締役会に属する会社の代理機関である。したがって、従来の会社法においては、経理は、会社の任意的、かつ常置の業務執行補助機関であるとされ、その法的性質について、一般に経理は、商業使用人であり、会社との関係は、委任関係であるとされている。しかし、これに対し中国においては、取締役会は、会社の業務執行の意思決定機関であり、経理は会社の業務執行自体を担当

する機関であるという業務執行体制が採られている。換言すれば、中国の株式会社では、会社の業務執行の意思決定は、取締役会によって行われ、会社の業務執行自体、すなわち、会社の内部的な業務執行と会社の代表権は經理によって行われるという業務執行体制が確立されている。したがって、中国においては、従来の会社法における取締役会の権限が業務執行の意思決定機関たる取締役会と業務執行担当機関たる經理とに二分化されるようになり、これに伴い、經理も、従来の会社の代理人からもっぱら会社の業務執行を担当する会社の常置の業務執行機関に変わることになった。ただし、会社の法定代表者に就任すべきは董事長なのかそれとも經理なのか、または両者とも就任すべきかの問題のほか、第三者の立場から会社の実質的な責任者の確認がきわめて困難であることや取締役会の形骸化などの問題は残されている。¹³⁾

しかし、統一会社法に関するある解釈では、会社の經理は、会社の定款または取締役会の授權により会社の業務執行および会社の代表権を有するが、会社の独立した機関ではなく、取締役会の業務執行を補助し、かつ取締役会に属する会社の代理機関にすぎないと解されている。¹⁴⁾しかし、同解釈は、統一会社法に忠実になされたものではない。なぜならば、前述したように、統一会社法においては、經理は取締役会に対して責任を負い、その職権を行使するものとはされているが、經理は、会社の定款または取締役会の授權に基づいてその職権を行使するとは定められていないからである。いずれかと言えば、一九九二年に制定された深圳株式規定と上海株式規定の規定に基づいた解説であろう。

以上のほか、一般の議論において、株主総会によって選任される取締役による取締役会は、会社の業務執行の最高意思決定機関であると同時に、会社の代表機関でもある。取締役会と株主総会の関係は、信任委託関係であり、すなわち、株主総会において選任される取締役は、株主の受託者となり、受託責任を負い、株主総会の信任委託を受けて、

会社の法人財産の管理と経営を行うものである。これに対し、取締役会によって選任される総経理・副総経理などの高級経理人は、会社の業務執行機関となり、取締役会の授權に基づいて会社の日常業務執行を担当する。この執行機関の最高責任者は、総経理であり、主に①取締役会の決議の実行、②会社の日常業務執行の担当、③取締役会の授權により対外的に契約の締結または業務執行を行うこと、④その他の経理の選任・解任、⑤定期的に取り締役に業務執行の状況を報告すること、などの職権を有するものである。ただし、取締役会と経理の関係は、委任代理関係であり、つまり、経理は、取締役会の任意的代理人であり、取締役会の授權により会社の内部的な業務執行権と対外的な商業代理権を有するものである、と論じられている。⁷⁵⁾

要するに、法理論や一般的な議論において論じられている経理の法的位置付けも、相当に異なっているのである。したがって、中国の会社法規における経理の法的位置付けは、日本の株式会社における包括的代表権を有する代表取締役、とりわけ社長のような機関でもなければ、会社の機関ではないが包括的代理権を有する商業使用人たる支配人のような存在でもない。けだし、経理は、会社の常置機関とされながら、そのすべての職権(会社の代表権を含む)は、会社の定款または取締役会の授權によるものとされている一方、一部の会社法規では、その職権はすべて法定されているが、会社の代表権に関する積極的な規定が定められていないからである。そのため、中国の会社法規における経理制度は、中国会社法の独自のものであると言わなければならない。

四 会社の代表者問題

(1) 序説

(イ) 日本では、法人である以上、その代表者または代表機関の設置の必要が民法により要求されている(民法五二

条一項・五三条など。営利社団法人たる株式会社については、当然にその代表機関の設置が要求されるが、昭和二五年の商法改正までの商法においては、明治四四年の商法改正により、会社は定款または株主総会の決議をもって、会社を代表すべき取締役を定めることができるとされ、また昭和一三年の商法改正により、会社は定款の規定に基づき、取締役の互選によって代表取締役を定めうるとされたが、明治三二年の商法における取締役の各自代表の原則が維持されていた。すなわち、昭和二五年の改正商法までは、株式会社においては、取締役の各自代表の制度が採られており、代表取締役はあくまでも会社の任意設置機関にすぎないものとされていた。

しかし、昭和二五年の商法改正は、株式会社企業における所有と経営・支配の分離の現象に対処するため、株主総会の権限を著しく縮小し、株主総会から取締役に移された権限の慎重かつ適正な行使を図るため、取締役全員により構成され、会社の業務執行を決定すると同時に、取締役の業務執行を監督する機関として取締役会の設置を法定した。そして取締役会において取締役の互選によって選任される代表取締役は、会社の業務執行の実行および会社の代表にあたる機関として設置されなければならないものとした。すなわち、昭和二五年の商法改正により、代表取締役が株式会社の法定代表機関として確立されることになった。なお、日本の商法は、代表取締役の氏名・住所を会社の登記事項の一つとして定めている（商法一八八条二項八号・六四条等）。

かかる代表取締役の理論的な構成については、前述の代表取締役並立機関説と代表取締役派生機関説のような相違が見られるが、基本的には、代表取締役は、会社の業務執行自体と会社の代表にあたる必要かつ常置の機関であり、会社の業務執行とは、会社の業務に関する諸般の事務処理のことであり、それには、対外的な業務執行もあれば内部的な業務執行もあり、前者は、対外的行為の効果が会社に帰属する側面から見れば、会社の代表ということになる。代表取締役という名称はこの側面からとらえた呼称であるが、代表取締役は、会社代表を伴う対外的業務執行はもと

より、純然たる内部的業務執行をも行う機関である。このほか、代表取締役は、適法に委ねられている範囲内において業務執行に関する意思決定を行うことができ、ことに日常の業務の決定は、代表取締役に委ねられているものである、と解されている。¹⁷⁾

代表取締役の代表権について、商法は、明文の規定をもって、代表取締役は、会社の営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなす権限を有し、これに加えた制限は、善意の第三者に対抗しえないと定めている（商法二六一条三項・七八条一項・二項、民法五四条）。株式会社の代表取締役は、このような包括的（その権限が営業に関する裁判上または裁判外の一切の行為に及ぶ）かつ不可制的（代表取締役の包括的権限に加えた制限は善意の第三者に対して対抗しえないこと）な代表権限を有するが、現実的には、代表取締役の代表権に対して様々な制限を加えることが法により、また、法解釈論などにより認められている。まず、法は、取締役会社間の訴えについては、代表取締役が代表権がなく、原則として会社の監査役が会社を代表すると定める（商法二七五条ノ四前段）と同時に、商法特例法上の小会社においては、かかる訴えにつき取締役会の定めるものが会社を代表するが、株主総会が代表者を定めれば、その者が優先して会社を代表すると定め（商法特例法二四条一項・二項・二五条）、代表取締役の包括的代表権の例外を認めている。これだけでなく、法は、多くの会社の業務執行に関する事項または業務執行と係わりのある事項について、たとえば、会社の営業の全部または重要な一部の譲渡、事後設立などを株主総会の法定決議事項とし、取締役会社間の取引・間接取引、通常の新株発行、社債発行、重要な財産の処分・譲渡、多額の借財などを取締役会の法定決議事項とすると定めているため、当然のことながら、代表取締役は、これらの事項について、株主総会または取締役会の決議を経なければ会社を代表することができないと解されている。

このほかに、代表取締役の代表権は、会社の定款、取締役会規則および取締役会の決議などによる複数代表取締役

間の上下統率関係の定めや、代表取締役の権限を特定の営業や特定の営業所に限定する定めがある場合には、これらの定めに服する事を要するほか、定款により取締役会の法定決議事項を総会の決議事項に変更した場合や、一般に代表取締役任せられたものと解される日常の業務の意思決定が取締役会に留保されている場合には、代表取締役は総会の決議または取締役会の決議を経なければ、会社を代表しえないと解されている。また、法によって代表取締役の代表権の濫用または誤用を防止するために認められた共同代表取締役の制度も、権限行使の態様上の制限の性質を有するため、代表取締役の代表権に対する一種の制限であると解されている。⁷⁸⁾

会社の代表者制度は、取引の安全保護、とりわけ善意の第三者の保護にとっては、きわめて重要な意味を持つものである。したがって、上述の種々の制限（取締役会社間の訴えに関する制限は訴訟行為に関するものであって、取引行為と無関係であるため除かれる）に違反する代表取締役の行為の効力が最も重要な問題となる。これについては、総会または取締役会の決議に基づかない代表取締役の行為の効力につき、これは、一方、決議を要求してまもうとする会社の利益と、他方、行為が代表者によってなされたことを信頼した第三者の利益とを比較衡量して、具体的に決すべきであると主張されている。⁷⁹⁾

具体的な分析において、鈴木竹雄教授は、総会の決定事項については、第三者としてはその決議が法律上必要なことを当然知るべきであるうえに、事柄が会社にとって重大であるから、原則として無効と認めるべきであり、また、取締役会の決議事項についても、総会の招集や会社と取締役の利益相反取引などは、取引の安全を考慮する必要があるから無効と考えるべきである。⁸¹⁾これに対し、通常の取引行為は勿論、社債の発行、さらに新株の発行などは、取引安全の考慮が大きいので、効力に関係がないと認めるのが妥当であると、論じている。⁸²⁾

しかし、一部の学者は、取締役会の決議事項については、鈴木教授のような区別をせずに、一般的に言えば、会社

の外部関係に属する事項については、取締役会の決議がなかったまたは無効であっても、代表取締役が会社を代表して第三者となした行為の効力には影響がなく、ただ悪意の相手方に対しては、会社は一般の悪意抗弁を対抗してその義務を免れうるにとどまるものと解するのが妥当であると主張している。⁽⁸³⁾

会社内部の規定や決議による代表取締役の代表権に対する制限、たとえば、定款、取締役会規則および取締役会の決議などによる代表取締役間の上下統率関係や代表取締役の権限の特定の営業などへの限定、また日常の業務の意思決定の取締役会への留保などのような制限については、会社はこれをもって善意の第三者に対抗することができないと解し、また、取締役会の決議を欠く重要な財産の処分・譲渡や多額の借財のような取引行為と取締役会の承認を受けなかった取締役会社間の取引・間接取引行為の効力については、その取引行為は無効ではあるが、その無効をもって善意の第三者に対抗しえない、いわゆる相対的無効と認めるべきであり、他方、取締役会の決議を欠いて代表取締役のなした新株発行（総会の特別決議を欠く新株発行も同じ）と社債発行の効力については、新株発行などを業務執行に準じるものとして取り扱っている現行法のもとでは、取引の安全を重視して、有効であると解するのがよいであろうと論じる説もきわめて有力である。⁽⁸⁴⁾

このほか、代表取締役の代表権濫用行為（代表取締役がその代表権の範囲に属する行為を自己または第三者の利益をはかるために行うこと）の効力については、心理留保説や権利濫用説⁽⁸⁵⁾によって処理する見解もあるが、近時、この問題については、会社と相手方の利益衡量によって解決が与えられるべきであるとし、代表権の行使は会社のためになされるべきであるから、代表者の個人的利益のために行使した場合には、ほんらい、その行為は当然無効たるべきであるが、それでは善意の相手方に不測の損害を与え取引の安全を害するから、これに対しては無効を主張しえないとすべきであるが、悪意者（またはこれに準ずる重過失のある者）に対しては、本来の形に戻って無効としてよいと

いう見解が主張されている。⁽⁸⁶⁾

以上に述べたように、日本では、法は、代表取締役会社に会社の営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をなすことができるという包括的代表権を与えると同時に、取引の安全保護、とりわけ善意の第三者の保護を図るために、代表取締役の代表権を不可制限的権限としている。かような規定のもとで、現実において種々の制限を受けている代表取締役の包括的代表権の不可制限的な性格が、取引の安全保護の立場から、解釈により貫かれているのである。

さらに、日本の商法は、表見代表取締役制度を設けて取引の安全保護の強化を図っている。すなわち、日本の商法は、社長、副社長、専務取締役、常務取締役その他会社を代表する権限を有するものと認むべき名称を附した取締役のなした行為については、会社は、そのものが代表権を有しない場合でも、善意の第三者に対して責任を負わなければならないと定めている（商法二六二条）。同規定の立法趣旨については、上の名称を附したのも、代表取締役として選任されないかぎり、代表権を有しないが、外部の者は、これを代表取締役と誤認しやすいので、取引の安全を保護するため、会社をして外観に従った責任を負わせたのであると解されている⁽⁸⁷⁾。また、同規定の適用の要件として、①外観の存在、すなわち、取締役が会社を代表する権限を有するものと認めるべき名称を使用することであり、その名称は、法定のもの以外に、頭取、副頭取、総裁、副総裁、理事長、副理事長、取締役会長⁽⁸⁸⁾、副会長なども当然含まれ、②外観の付与、すなわち、会社がそのような名称を付与し、またはその使用を黙認することであり、③外観の信頼、すなわち、第三者が善意（行為をなす取締役に代表権がないことを知らないこと）である以上、その過失の有無を問わず、重大な過失は悪意と同視されること、が挙げられている。したがって、この三要件が揃えば、同規定の適用によって、善意の第三者の利益が保護され、会社の責任が認められることになるのである。

要するに、日本商法における代表取締役の包括的代表権の不可制限原則は、取引の安全の保護を図るため、解釈に

よって貫かれているのみならず、表見代表取締役の制度を設けることによって、さらに取引の安全の保護が図られているのである。

(四) 日本法におけるかような代表取締役の制度を念頭に入れて、改革開放政策が実施されて以来の中国の会社立法における会社の代表者制度を考えれば、それは、しばしば指摘されているように、最も問題の多いところの一つであると言えよう。

日本において、中国の改革開放以来の会社立法の第一段階をなすとも言うべき外資系企業、とりわけ中外合弁企業立法における会社の代表者問題を中心に、「董事長、総経理、工場長、社長、経理および主任はいずれも法定代表者になりうるが、具体的に誰が企業法人の法定代表者であるか不明である」と指摘したうえ、中国との取引に参加する個々の企業に対して、「事務上の安全対策を講じなければならない。企業名称による法人格、所有の形態、経営範囲の確認は取引上の安全対策として最も基本的かつ有効な手段である。交渉相手の肩書、職員証と授權委任状、資格証明書、記載事項との照合は、慣行上認められている。取引ごとに煩をいとわず励行することは、交渉相手の無権代理、法定代表者の欺称を防ぐ良い方法である。本社またはその主管機関への問い合わせ、リガル・カンセリング、登記簿、定款および取締役会の議事録の閲覧は時間的でも費用的でも浪費が多いが、必要があればあえて敢行すべきである。これによって、取引の内容、代表者または代理人の権限およびその制限が明らかにされる。銀行への、決算用の銀行口座の名義人、届出た署名者、手形・小切手の振出権者（署名者）の照合は、いずれも企業法人の法定代表者を確認する決め手になる」と、注意を喚起している学者がある。⁸⁹⁾

中国の会社立法においては、会社の法定代表者＝董事長という図式、または会社の法定代表者＝総経理という図式が確定されておらず、董事長と総経理のいずれも会社の法定代表者に就任することができるとされているのみならず、

場合によって、副董事長、副總經理、經理なども会社の法定代表者になりうるため、会社外部の者が容易に会社の法定代表者を識別することができない。したがって、一部の取引においては、法定代表者証明書の発行請求が行われていることが指摘されている。⁹⁰⁾ 改革開放以来の外資系企業立法や政府と地方による会社立法の経験と内容を参考に制定された中国の統一会社法の代表者制度について、会社の業務執行機関の権限関係からすれば、「社長（經理を指す）が会社代表権を行使するには、会社の定款が取締役会または取締役会長（董事長）の授權によるしかないことになる。ただ、この場合は、取締役会長の代表権は失われるのか、複数の代表機関の存在が認められるのか、中国における論議では問題となるようである」と指摘し、また中国側との合弁企業などを予定し、中国企業と取引する業者に対して、「中国側との合弁企業などを予定するときは、以上の権限関係を念頭において、取締役会長と社長のいずれの地位を選択するかが、きわめて重要な検討事項になると言える。また、中国の会社と取引するときは、その会社の代表者は誰か、社長名義の場合は代表権を一般的に授權されているのか、当該取引に限り委任されているのかなどの調査を怠ってはならないなど、慎重な対応が必要となろう」と注意を呼びかけている学者もある。⁹¹⁾

以上の指摘のいずれを見ても、中国の会社法における法定代表者の不確定さが最大の原因となっていることが明らかであろう。したがって、以下において、中国では、改革開放以来、会社の代表者問題をめぐっていかなる立法の展開が進められ、今日まで制定された主な会社法規における会社代表者制度がいかなるものとなっているのか、そして、日本の商法における株式会社代表制度と比較すれば、いかなる問題が指摘でき、会社代表者の制度をいかなるものにすべきかなどの問題について検討することにする。

(2) 会社の代表者制度をめぐる立法の展開

(イ) 序説

中国は、改革開放政策を実施すると同時に、外国の資本を導入するための一政策として外資系企業（具体的に中外合併企業、中外合作企業および全額外国資本企業の三つの企業形態が認められている）、とりわけ中外合併企業の設立・運営を承認し、奨励するほか、そのための立法に着手し、外資系企業に関する法律制度を整備してきたのである。

かような外資系の企業の経営管理体制については、従来の国有企業や集団所有制企業と同一の経営管理体制（政府が直接運営管理する体制）にすることがとうてい考えられないため、会社制度が導入され、外資系企業が一定の独立性を有する法人として認められた。したがって、法人である以上、その法人を代表して会社の業務執行を行う代表者が必要となる。たとえば、合併企業法では、中外合併企業は中国の法人であり（合併法一条、合併条例二条）、合併企業の董事長は合併企業の「法定代表」であると定められている（合併条例三七条）。

また、国内においては、経済体制改革の最も重要な一環として国有企業や集団所有制企業をめぐる改革も大いに進められるようになり、とりわけ国有企業に関して言えば、その重点は、それまでの政府と企業の分離状態の打破、すなわち、政府と企業の分離、いわゆる「政企分離」に置かれている。したがって、かかる企業改革において、企業を政府の直接経営管理から切り離し、企業を独立した一主体として作り直すのが主な内容となり、その最も重要な手段の一つとして、企業法人の理論が打ち出され、企業法人の代表者制度も当然企業法人論の重要な内容となったのである。たとえば、前述したように一九八四年一〇月に採択された中国共産党中央委員会の「経済体制改革に関する決定」においては、「要するに、企業が真に、相対的に独立した経済実体となり、自主経営と損益自己負担の社会主義的商品生産者および経営者となり、自己改造と自己発展の能力をもち、一定の権利と義務を持つ法人となるようにす

るのである」と述べられている。また、一九八三年四月に公布された「国営工業企業暫定条例」は、企業は法人であり、工場長は「法人代表」であると定めている（同規定八条）。

以上のほか、一九八〇年の初めに、企業の「大而全」、「小而全」という立ち遅れた企業体制を改革し、企業間の連合関係を強めるために、專業会社や連合会社の設立が奨励されたため、企業間の連合組織として数多くの会社組織が設立された。かかる会社組織の法人格および会社の代表者について、一九八五年八月に公布された「会社登記管理暫定規定」が、「本規定で言う会社とは、本規定の所定の手続によって設立され、独立財産を有し、自主経営を行い、損益を自己負担し、法に基づいて責任を負い、生産経営またはサービス業務を営む経済実体であり、会社は、法人であり、董事長または經理が「法人代表」である」と定めている（同規定二条）。

ところが、以上の規定からも明らかであるように、この時点においては、企業または会社の代表者に該当する概念は、必ずしも統一的なものではなく、「法定代表」とか「法人代表」とか、また、一九八一年に制定された経済契約法には、「法定代表者」が使われている（経済契約法三二条）ように、きわめて流動的なものになっている。中国において、私法の最も基本的な立場から、法人の代表者の概念を統一的に規定し、それ以後のすべての企業または会社立法がそれを使用するようになったのが、一九八六年四月に制定された「中華人民共和國民法通則」（以下、民法通則と略す）である。すなわち、民法通則は、法律または法人組織の定款の規定により、法人を代表して、権限を行使する責任者を法人の「法定代表者」とすると定めている（民法通則三八条）。それ以後の外資系企業と一般の国内企業の立法も、会社立法も、「法定代表者」という概念が企業または会社の代表機関にあたる概念として導入されるようになったのである。

しかし、この「法定代表者」は、いかなる地位および権限を有する機関なのか、企業または会社においては、いか

なる者がどのような方法によってこの「法定代表者」に就任できるのか、また、取引の安全保護の立場から見れば、「法定代表者」制度はいかなるものであるのか、などの点は、必ずしも定かではない。したがって、以下において、会社立法に限ってこれらの問題を解明してみる。

(ロ) 外資系企業法

外資系企業のうち、中外合弁企業が最も代表的な企業形態となっているため、これに限って企業代表者の制度を見ることが出来る。合弁企業法によれば、董事長は、合弁企業の法定代表である。董事長が職務を履行することができないときは、董事長の授権に基づいて副董事長またはその他の取締役が合弁企業を代表する（合弁条例三七条）。総経理は、取締役会の決議を執行し、合弁企業の日常経営管理業務を統括し指導する権限とともに、取締役会の授権範囲内において合弁企業を代表し、所属人員を選任・解任し、その他の権限を有するものとされている（合弁条例三九条）。かような規定を見ると、合弁企業の代表権を有するのが董事長であり、総経理は、取締役会の授権によって定められている範囲において、会社を代表する権限が認められるという制度になっている。ここで問題となるのが一体、総経理が会社の代表者になれるかということである。これについて、日本では、次のように分析されている。すなわち、合弁企業の法制度を見ると、合弁企業の法定代表者⁹²は明らかに包括代表権を有する董事長であり、総経理は、取締役会の授権により原則として部分的な代表権しか有せず、法定代表者になりえないものである。しかし、合弁企業の現実においては、その契約または定款において、総経理に業務執行の包括的代表権を与えているが、これは、董事長の代表権を直ちに奪い取ることになるわけではなく、結局、同じ合弁企業には包括的代表権を有する者が二人存在することになる。しかし、董事長は、中国側が兼任しているので合弁企業の業務に全力を尽くすことができず、または業務に精通していないため、実質的に業務を執行することができない。したがって、合弁契約、定款において総経理に

業務執行の包括的代表権を与える規定がなくても、総経理は、業務執行権のみならず、包括代表権をも委ねられ実質的法定代表者になっているというのである。⁹³⁾

(イ) 統一会社法以外の会社法規

まず、深圳国有企業株式化規定においては、会社は、一名の董事長と若干名の副董事長を設置し、副董事長は、董事長の職務執行を補佐し、董事長は会社の法定代表者であるとされているが、取締役会、董事長、総経理の具体的権限は会社の定款によるものという規定があるものの、総経理の会社代表権には触れていなかった(同規定三二条・三四条参照)。これに対し、同年(一九八六年)に制定された上海株式弁法では、一名の董事長と若干名の副董事長の設置は要求されているが、会社の代表者については、株式制企業は、経理責任制を實行し、経理は、副経理以下の所属人員の選任・解任権を有し、取締役会の委任により企業の法人代表となり、取締役会の決議事項を實行すると同時に、企業の生産経営活動を統括するものであると定めている(同規定二〇条一項・二一条)。同規定によれば、会社の包括的代表権は取締役会の委任を受けて経理がそれを有することが明らかである。

その二年後の一九八八年に制定された福建株式規定は、前にも触れたように、国内の会社立法として、初めて会社の経理の職権を具体的に定めているのみならず(同規定三四条)、株式制企業の代表者について、①法定代表者概念を導入すること、②原則として董事長が企業の法定代表者に就任すること、③一部の企業においては取締役会の授權により総経理が企業の法定代表者に就任することもできること、を定めている(同規定三五条)。したがって、同規定においては、原則として董事長が企業の法定代表者になるが、一部の企業に限って取締役会の授權によって総経理を企業の法定代表者にすることもできるため、同一企業に董事長と総経理の包括的代表権を有する二人が存在できることとなっていると思われる。しかし、上述の上海株式弁法における取締役会の「委任」と同規定における取締役会

の「授權」とは、取締役会における総経理の選任決議によって行われるものか、あるいは取締役会による別個の「委任」または「授權」決議を必要とするものか、定かでない。

一九九二年に制定された会社法規のうち、深圳株式規定では、①董事長は会社の法定代表者であること、②会社の外部の者が董事長を兼任する場合は、会社の定款は経理が会社の法定代表者であることを定めること（同規定一一六条二項）、③定款の規定または取締役会の授權により経理は会社を代表して重要な対外的業務執行を行うこと（同規定一一九条六号）、④会社の法定代表者およびその選任の手續と職權が定款の絶対的記載事項の一つであること（同規定一九条一項一〇号）、が定められている。これに対し、上海株式規定では、①董事長は会社の法定代表者であること（同規定八二条）、②経理は定款または取締役会の授權により会社を代表して重要な業務執行を行うこと（同規定八六条一項六号）、③会社の法定代表者の選任手續およびその職權が定款の絶対的記載事項の一つであること（同規定二二条一項七号）、が定められ、株式規範では、①董事長は会社の法定代表者であるが、董事長が法定代表者に就任しえない場合には会社の定款はこれを定めること（同規範五九条）、②定款に別段の定めがある場合を除き、経理は、会社を代表して対外的業務執行を行うこと（同規範六〇条一項六号）、③会社の法定代表者（董事長または経理）およびその職權が定款の絶対的記載事項の一つであること（同規範一七条一項八号）、が定められている。

これらの法規に対し海南株式条例においては、①董事長は会社の法定代表者であるが、董事長がその職權を履行しえないときは、副董事長がそれを代理し、副董事長がなくまたは副董事長がそれを履行しえないときは、董事長の指定により一名の取締役がそれを代理すること（同条例一〇二条二項・三項）、②経理は会社の任意機関であるが、定款または取締役会の授權により会社を代表して対外的業務執行を行うこと（同条例一〇九条・一一一条五号）、が定められている。

以上の法規定を見ると、いずれも、董事長が会社の法定代表者であること、株式規範を除けば、経理は会社の定款または取締役会の授權により会社を代表して会社の対外的業務執行を行うことを共通の制度として定めている。しかし、法定代表者＝董事長の原則に対して、深圳株式規定は、会社の外部の者の兼任である董事長は法定代表者に就任しえず、この場合において、会社の定款は、経理が会社の法定代表者に就任することを定めなければならないという制限を定めている。これに対し、株式規範では、董事長が法定代表者に就任できないときは、会社の定款により会社の法定代表者を定めると規定されているが、定款の記載事項の一つとなっている会社の法定代表者およびその職権の規定において、括弧の形で、「董事長または経理」と限定しているため、董事長が法定代表者に就任不能のときの定款による法定代表者の確定は経理に限って行われることが明らかになっている。すなわち、株式規範の規定によれば、董事長が会社の法定代表者に就任できないときは、定款の規定により経理が法定代表者に就任することになるのである。これに対し、海南株式条例は、董事長が法定代表者に就任しえないときは、副董事長がこれを代理するが、副董事長が設置されておらず、または副董事長も法定代表者に就任しえない場合につき、董事長の指定により一名の取締役がこれを代理するという規定はあっても、深圳株式規定と株式規範のような、定款の規定により経理が法定代表者に就任するような規定は設けられていない。

また、深圳株式規定と株式規範では、経理は、董事長が特段の事由（外部者の兼任または都合により就任しえないこと）により就任しえない場合において、会社の法定代表者となるほか、定款の規定または取締役会の授權により会社を代表して会社の対外的な業務執行を行うという意味で会社代表権を有することになる。これに対し上海株式規定と海南株式条例では、経理には、定款または取締役会の授權により会社を代表して会社の対外的な業務執行を行うという意味での会社代表権しか認められていない。しかし、定款または取締役会の授權による経理の会社代表権について

ては、深圳株式規定と上海株式規定では、經理が会社を代表して行う対外的業務執行に「重要な対外的業務」という限定語が付け加えられているのに対し、株式規範と海南株式条例では、このような限定語が付け加えられておらず、「經理が会社を代表して対外的な業務執行を行う」と定められているだけである。

一九九三年に制定された深圳株式条例と広東条例においてはさらに法定代表者＝董事長の原則が強化され、經理が場合によって会社代表権を有しうるような明確な規定を避ける方法によって經理の会社代表権を認めない方向が示されているように思われる。けだし、両条例は、ともに董事長は会社の法定代表者であり、董事長が法定代表者に就任しない場合は、副董事長が董事長の職権を代行すると定めている（深圳株式条例九九条二項・一〇一条、広東条例一二条二項・一一四条）が、定款による經理の法定代表者への就任のような規定もなければ、上述の法規におけるように定款または取締役会の授權により經理が会社を代表して対外的な業務執行を行うというような規定も定められていないからである。また、広東条例においては、經理・副經理が会社の任意機関（その設置は定款の規定による）とされているばかりでなく、經理・副經理の権限などについて、經理・副經理は会社の日常の経営管理活動を統括するが、定款または取締役会の授權に基づいてその職権を行使するものとされているだけである（同条例一二〇条）。これに対し、深圳株式条例では、經理は、会社の常置かつ必要な機関とされているのみならず、經理の会社の日常の経営管理業務権は、定款または取締役会の授權に基づいて行われるとされ、そのいくつかの権限、たとえば、会社の一定の所属人員の選任・解任権、取締役会への出席権などが法定の権限とされているほか、定款または取締役会の授權によるその他の権限を有する可能性も定められている（同条例一一〇条・一二条参照）。

しかし、いずれも、經理の会社代表権に関する明確な規定を避けている。したがって、この両条例においては、經理は、会社の代表権を有しないこと、すなわち、会社の法定代表者に就任しないことが原則となっていると言って

もよいであろう、ただし、いずれも經理の権限の一部（深圳株式条例の場合）またはその全部（広東条例の場合）が定款または取締役会の授権によるものとされ、そのなかに会社代表権が含まれることが否定されていないため、經理にも、定款または取締役会の授権により会社代表権を有する可能性が残されていると解しうるであろう。

（二）統一会社法

統一会社法は、会社の代表者制度について、上述の深圳株式条例と広東条例とほぼ同様なことを定めている。すなわち、統一会社法においては、①董事長は会社の法定代表者であること（会社法一一三条二項）、②董事長がその職権（会社代表権も含む）を履行しえないときは、董事長により指定された副董事長がそれを代行すること（会社法一一四条二項）、③經理は会社法上の権限（会社代表権が含まない）のほか、定款または取締役会の授権によるその他の権限を有するものであること（会社法一一九条）、などが定められている。

深圳株式条例と広東条例と異なる点は、この両条例においては会社の法定代表者およびその職権が定款の記載事項となっているのに対し、統一会社法では、法定代表者のみが定款の記載事項となっており、会社代表者の権限が定款の記載事項とされていない。また、深圳株式条例では、經理の日常の業務執行は、定款または取締役会の授権によるものとされ、広東条例では、經理が会社の任意機関とされているのみならず、その職権のすべてが定款または取締役会の授権によるものとされているが、統一会社法では、前述したように經理の職権について、多くの会社法規に於けるように「經理は定款または取締役会の授権により職権を行使する」と定める規定を置かず、經理は同会社法に定める権限を行使するものと定められている⁹⁴。同会社法に定められている經理の諸権限には「定款または取締役会の授権によるその他の権限」も含まれている。しかし、いずれにせよ、經理の会社代表権に関する明確な規定を避けているのがその共通点であり、このような定め方からすれば、經理は、定款または取締役会の授権によりその一部（深圳株

式条例と統一会社法の場合) または全部(広東条例の場合)の職権を有することが認められているため、經理にも、定款、取締役会または董事長の授權がある場合に限りて会社の代表権を有する可能性も残されていると解しうるであろう。

なお、統一会社法は、深圳株式条例および広東条例と同様に、董事長がその職権を履行しえないときは、董事長の指定により副董事長がその職権を代行すると定めている(会社法一一四条二項、深圳株式条例一〇一条、広東条例一一四条)が、いずれも、副董事長を会社の任意の機関としているため副董事長が設置されていないとき、または副董事長も董事長を代行することができない場合の措置に何ら触れていないのが問題であると言わざるをえないであろう。これに対し、上述したように、海南株式条例では、上のような事由が生じる場合には、董事長の指定により一名の取締役が董事長の職権を代理すると定められているので、かなり整備された規定であると言うべきであろう。

(3) 会社代表者制度の問題点とそのあり方

(イ) 前述したように、一九八六年に制定された民法通則は、その第三章「法人」において、法人の代表者につき、「法律または法人の定款の規定に基づき、法人を代表して職権を行使する責任者は、法人の法定代表者である」と定めている(民法通則三八条)。民法通則によって確定された法定代表者の概念がそれ以後の企業または会社立法にそのまま導入されるようになったことは、しばしば指摘されている⁹⁵⁾。もちろん、民法通則が制定されるまでは、企業または会社の代表者の概念について、「法人代表」「企業の法定代表」のほか、「法定代表者」の概念も使われおり、統一的な概念は確定されていなかった。しかし、民法通則が制定される前に、企業または会社立法において、概念の統一の問題はあるものの、企業または会社の責任者たる工場長(一九八三年国营工業企業暫定条例八条)、会社の董事長または經理(一九八三年合併条例三七条・三九条、一九八五年会社登記管理暫定規定二条二項)が企業または会

社の代表者であると定められており、いわば法定代表者制度がすでに確立されている。また、会社立法においては、会社の代表者およびその職権などが会社の定款の記載事項の一つとされ（合併条例一六条五号、会社登記管理暫定規定六条六号参照）、いわば定款による代表者確認が認められている。このほか、現実において、一部の会社では、定款の規定などにより会社の総経理に会社を代表する包括的代表権を与えていることもしばしば紹介されている。⁹⁶したがって、民法通則により企業または会社の代表者の概念が「法定代表者」に確定されたのは事実であるが、かかる民法通則の規定は、それまでの企業または会社立法および企業・会社の現実運営の経験に基づいて定められたものであることも無視できない事実であろう。

いずれにせよ、会社に限って言えば、会社の法定代表者は、会社の代表機関にあたるものであるが、⁹⁷会社の法定代表者が会社の代表機関としていかなる権限を有するかについて、会社法規には、具体的な規定が置かれていないのみならず、会社の法定代表者の概念を確定した民法通則にもそれに関する具体的な規定は置かれていなかった。もちろん、民事訴訟法（試行）およびそれに関する最高裁判所の解釈により、法定代表者は、対外的に法人を代表する権限を有するのみならず、対内的にも主要な職務執行の責任者でなければならいとされていることや、この点について、学説においてもほぼ議論が一致していることが紹介されている。⁹⁸また、ある学説によれば、民法通則の条文（三八条）から見れば、法定代表者は対外的に企業または会社を代表する権限があることが確認でき、また、通常、中国で言う「責任者」の意味はもちろん対外的にも関連するが、多くの場合は対内的な管理者として位置付けられているため、法定代表者は会社の対内的業務執行権を行使しうることも確認でき、したがって、法定代表者は対外的に会社または企業の包括的代表権を有し、対内的に業務執行権を有すると言えようと、論じられている。⁹⁹

しかし、会社の法定代表者が、会社の代表機関として、いかなる権限を有するかは会社の正常なる運営管理の観点

から、会社を取り巻く取引の安全を保護する観点から見ても、きわめて重要なことである。これについて、法律上、正式な規定が定められていないのが問題であると言わざるをえない。したがって、立法論として、民法通則または会社法規の改正を通じて、日本法のように、会社の法定代表者の、会社代表機関としての包括的代表権を明確に定めると同時に、取引の安全保障の立場から、代表者の包括的代表権に加える制限の効力についても明確な規定を置くことが、最も重要であろう。もちろん、会社の法定代表者制度の法整備について、民法通則における取引の安全保障に関する規定がなければ、会社法におけるその法整備はありえないと強調する学説もある¹⁰⁰。しかし、日本においては、商法は、独自に商人（会社も商人である）の支配人の包括的代理権およびそれに加える制限の効力を定める（商法三十八条一項・三項）とともに、会社の代表者の包括的代表権を定め（商法二六一条三項・七八条一項等）、会社代表者の包括的代表権に加える制限と善意の第三者の保護の關係のみについて、民法における代理権の制限と善意の第三者に関する規定の準用をしている（商法二六一条三項・七八条二項、民法五四条）。したがって、中国でも、今後の会社法による取引の重要性に鑑みて、民法通則の整備を待つことなく、会社法における会社の代表者に関する独自の法制度を整備していく必要があると思われる。

(ロ) 法解釈上の問題として、まず、法人の法定代表者の法的性格を定めた民法通則第三八条における「法律または法人の定款の規定に基づき」という規定をいかに解釈すべきかが問題になる。すなわち、会社の法定代表者は、法律と定款のいずれかによって定めるものなのか、あるいは法律と定款が異なる法定代表者を定めることができるものなのか解釈上の問題になりかねない。もとより、民法通則の条文には、「法律または定款」となっているため、会社の法定代表者について、まず、法律によりそれを定めるべきであるが、法律が定めていない場合は、会社の定款がそれを定めなければならないと解しうると同時に、会社は、定款の規定をもって、法律が定めている法定代表者（ほと

などの会社法規が董事長を会社の法定代表者と定めていることは前述のとおりである。以外の者、たとえば、会社の総経理・経理を会社の法定代表者とすることができると解釈することも可能であり、一般には、このように、すなわち、会社は定款の規定をもって董事長以外の者を会社の法定代表者とすることができる¹⁰⁾と解されている。

また、合併企業法と一部の会社法規においては、会社の総経理・経理は、取締役会の授權に基づいて、対外的に会社を代表することができると定められている（合併実施三九条、深圳株式規定一九条六号、上海株式規定八六条一項六号、海南株式条例一一一条五号等）。このような規定に基づいて一部の学説では、経理は、会社の定款、取締役会、場合によって董事長（統一会社法の場合）の授權により会社を代表する権限を有することが可能であると解されているが、民法通則の条文で、法定代表者の「法定」とは、「法律または定款の規定」によるものと明確に定めているため、もとより同規定をいかに解釈すべきかの問題はあるが、法律と定款以外の定め、たとえば、取締役会の授權決議や董事長の授權決定などによって認められている、いわゆる会社の代表権については、厳密に言えばこれは代表権ではなく、一種の代理権にすぎないと指摘している見解もあり、正当である¹¹⁾と考える。また、合併企業法における総経理の会社代表権に関する規定については、前述したように、法制度の面から見ると、合併企業の法定代表者が明らかに包括代表権を有する董事長であり、これに対し、総経理は、取締役会の授權により董事長の代表権を蚕食し尽くす可能性が潜んでいるが、原則として部分的な代表権しか有せず法定代表者になりえない、と論じている見解もある¹²⁾。しかし、取締役会の授權による総経理の部分的な代表権も、会社代表権であるよりはむしろ一種の代理権にすぎないと解すべきであり、また、法定代表者になりえない総経理が「部分的な代表権」を有するという見解自体も、会社代表権の包括的かつ不可制限的という法的性格と矛盾するのではないかと考える。

しかし、会社運営の現実においては、法が明確に董事長が会社の法定代表者であると定めているにもかかわらず、

一部の会社は定款の規定をもって総経理を会社の法定代表者としてしていると指摘されているほか、その法的根拠として会社の定款で法定代表者を決めることは民法通則、株式規範などがその適法性を認めていると強調され、具体的な規定として民法通則三八条、株式規範五九条、有限会社規範意見三四条が引用されている。¹⁰³ 民法通則三八条と有限会社規範意見三四条はさておき、株式規範第五九条は、「董事長は会社の法定代表者である。董事長が法定代表者に就任しないときは、会社の定款はこれを定めるものとする」と定めており、また同規範では、会社法定代表者たる董事長または経理およびその職権が定款の記載事項の一つとされている(同規範一七条一項八号)。これと同様な旨は、深圳株式規定にも定められている。すなわち、同規定によれば、会社外部の者が董事長を兼任しているときは、会社の定款は、経理を会社の法定代表者に定めるべきであるとされている(同規定一一六条二項)。これらの規定から、株式規範も、深圳株式規定も、会社の法定代表者たる董事長がそれに就任できず、または就任すると不適当な事態が生じるという場合に限って、定款による経理の会社法定代表者への就任を認めていることが明らかである。

もとより、前述のように、合併企業法が明確に董事長が会社の法定代表者であると定めているにもかかわらず、合併企業の実務的運用においては、多くの合併企業が会社の定款または合併契約をもって、会社の総経理に包括代表権を与えていることについて、これにより法律が定めている董事長の代表権は直ちに奪い取られることにはならず、結局、同じ合併企業に包括代表権を有するものが二人存在することになる、と論じている見解がある。¹⁰⁴ 合併企業法は、民法通則に先立って制定された法律であり、それに合併企業法には、上述の株式規範と深圳株式規定のような、経理の法定代表者の就任に関する制限も定められていないため、これは正当な解釈と言ってよいであろう。

しかし、民法通則が制定され、民法通則の法人、とりわけ企業法人および法人の法定代表者に関する規定をそのまま承継したと見られる上述の株式規範および深圳株式規定の規定の趣旨からすれば、¹⁰⁵ 民法通則における会社の法定代

表者の「法定」については、会社の法定代表者は、原則として法律により定めるべきであり、法律にこれに関する定めがなく、またはその定めた者が就任できず、あるいはその就任が不適当である場合に限り、定款の規定により經理を法定代表者とすることができると解すべきであろう。

一九九三年に入って制定された会社法規は、いずれも、經理の会社代表権に関する明確な規定を避けていること、前述のとおりである。それにもかかわらず、經理の職権に会社の定款および取締役会の授權によるその他の職権が含まれているため、一部の学説では、經理は、定款または取締役会の授權により会社代表権を有することができると解しているが、これも、厳密に言えば、代表権よりも代理権であると言ふべきであろう。

要するに、会社の設立・運営の現実はさておき、法の規定からすれば、民法通則第三八条における「法律または法人の定款の規定」は、法律と定款のいずれかが法人の法定代表者を定めるべきことを意味し、法律と定款の双方がそれぞれ異なる法定代表者を定めうることを意味するものではないと解すべきである。この趣旨をそのまま受け継いだのが深圳株式規定と株式規範であると見てよい。ただし、この両法規においては、董事長は会社の法定代表者であるが、董事長がそれに就任できず、または就任するのが不適当な場合に限り会社は定款の規定をもって、經理を会社の法定代表者とすべきものと定めているからである。ただし、この両法規はかような規定を置きながら、經理の定款または取締役会の授權による会社代表権に関する規定も置いているため、学説の指摘するように、これは、代表と代理の混同であると言ふほかないであろう。一九九三年以後の会社立法においては、かような代表と代理の混同をもたらしおそれのあるような規定は置かれておらず、解釈上、定款または取締役会の授權による經理のその他の職権に会社代表権も含まれるべきであるとしても、これは、上述したように、代表権ではなく、代理権であると考えられるべきである。

そうであるとすれば、一部の会社法規を除き、ほとんどの会社法規において、会社の常置かつ必要な機関とされ、会社の日常業務執行活動の実際的な統括者の立場に置かれている經理は、一体、いかなる法的地位を有するものかが問題になるであろう。これについては、經理が会社の常置かつ必要な機関とされているのが中国会社法の特色の一つであると言えるかもしれないが、以上の分析から総じて言えば、中国の会社法規、とりわけ統一会社法における經理は、法律および定款または取締役会の授權により会社の日常業務執行権（対外的・対内的な業務執行権を含む）を有する、日本法における会社の支配人にあたるものであると考えられる。したがって、中国の株式会社の代表制度について、中国の会社立法は、「会社代表の法定單一制」を採用しており、いわゆる「法定」とは、会社法が明確に規定することであり、いわゆる「單一制」とは、いずれの会社立法も、董事長一人が会社を代表し、董事長がこの法定代表者に就任しえないときに限って、董事長の授權により副董事長が会社を代表すると定めており、これは、中国の株式会社における業務執行体制の特色の一つである、と論じている見解がある⁹⁸。定款の規定により經理が会社法定代表者に就任しうることを認めている深圳株式規定と株式規範を除けば、とりわけ一九九三年以後の会社立法から言えば、これは正当なる解説であると言えよう。

(イ) 総じて言えば、中国の改革開放以来の会社立法は、いずれも、董事長が会社の法定代表者であるという原則を示しているが、そのなかに、董事長が法定代表者に就任しえないときは会社の定款の規定により經理が法定代表者に就任すると定めているものもあれば（深圳株式規定と株式規範の場合）、董事長が就任しえないときは、副董事長または一名の取締役が董事長の権限を代行すると定めているものもあり（海南株式条例、深圳株式条例、広東条例、統一会社法の場合）、定款または取締役会の授權により經理が会社を代表して対外的な業務執行を行う権限を有すると定めているものも（合併企業法、深圳株式規定、上海株式規定、海南株式条例、株式規範など）ある⁹⁹。

また、中国では、会社立法と別個に、国有企業、集団所有制企業および私営企業に関するそれぞれの立法が行われ、国有企業法や、集団所有制企業法、私営企業法が制定されているのは周知のとおりである。私営企業はさておき、その他の企業立法において、工場長または經理は企業法人の法定代表者であると定められている（国有企業法七条・四五条、城鎮集団所有制企業条例三一条等）。したがって、前述したように、中国においては、日本の株式会社の代表機関たる代表取締役にあたる概念は定められておらず、敢えてそれに近いものを挙げるとすれば、それは法定代表者であること、¹⁰⁾ 中国法における法定代表者は、日本法に定めている会社代表者の包括代表権と同様な代表権を有すること、¹¹⁾ かような法定代表者に就任できるのが、董事長・副董事長、總經理・副總經理・經理・副經理、工場長のいずれなのか、不明確であるため、会社外部の者はこれを識別するのがきわめて困難であり、それがゆえに一部の取引においては、法定代表者証明書の発行が求められたり、また、中国企業との合併などにおいて董事長と經理のいずれの地位を選択するか、そして中国企業との取引において種々の手段により相手側の眞の法定代表者を確認するのがきわめて重要であること、¹²⁾ などが指摘されている。

中国の今後の市場経済の発展およびそれに伴う企業の規模の拡大などを考慮すれば、会社の迅速かつ効率的な取引を妨げかねない現行法上のいわゆる「会社代表の法定単一制」を修正し、日本の商法のように、複数の代表者の選任を可能にする制度を設ける必要があることは言うまでもないであろう。¹³⁾ そのため、立法論として、中国会社法も、一部の学説により提案されているように、会社の法定代表者について、董事長がそれに就任するとか、または經理が就任するというような積極的な規定を置かず、複数の法定代表者の選任を会社側に任せるための規定を設けるべきである。ただ、法定代表者の選任方法については、日本法のように、明確に定める必要があると思われる。なぜならば、これは会社内部の機関間の権限関係における重要な問題だからである。日本法は、この点について取締役会において取

締役の互選によって代表取締役を選任するものとしている(商法二六一条一項)。同規定の当否については、かような業務執行に関する意思決定機関とその執行機関の地位の非分化は、取締役会によって監督される代表取締役が同時に監督機関である取締役会の構成員となっているため、取締役会の監督機能が十分に発揮されず、自己監督の矛盾が最も露呈されるという欠陥を持つものであるとの指摘もあるが、代表取締役が取締役会の構成員であることによって取締役会による業務執行の意思決定と、代表取締役による執行自体および会社の代表の連係が保たれると論じている見解もある。¹⁵⁾

中国の株式会社の法定代表者の確定については、すでに、法定代表者＝董事長と法定代表者＝総経理の二つの図式を比べ、①多くの株式会社は従来の国有企業から改組されたものであり、国有企業においては総経理が法定代表者にされていたため、かかる株式会社もかような影響を受けて総経理を法定代表者としていること、②会社立法は董事長を法定代表者と規定しているが、現実においては、董事長の形骸化が進み、会社の実権は総経理の手に握られ、総経理が実質上の会社の法定代表者となっていることに鑑み、董事長ではなく、総経理を会社の法定代表者と規定するのが最も会社の実体に合致すると論じられている。¹⁶⁾もとより、現実において多くの株式会社は総経理を法定代表者として、③取締役会の形骸化問題についてまた議論する必要があると思われるが、¹⁷⁾会社の業務執行の意思決定機関と執行自体および会社代表の機関との連係を強化し、それに、株主総会の業務執行機関に対する監督機能の重要性を考えば、会社の法定代表者は、日本法のように、取締役会において取締役の互選によって選任されるものとすべきであろう。しかも、上述のように、複数の法定代表者の選任を可能にする方向で改正すべきである。

また、中国の株式会社においては、取引の安全保護の観点から見れば、法定代表者の不明確も問題の一つであることは否定できないが、最も問題となるのは、取引の安全保護に関する規定、少なくとも法定代表者の代表権の包括性、

とりわけその不可制限と表見代表制度に関する規定が欠如していることであると言わざるをえないであろう。¹⁸⁾したがって、取引の安全保護、とりわけ善意の第三者の利益の保護の観点からすれば、立法論として、中国の会社法は、まず日本法（商法二六一条三項・七八条、民法五四条）のように会社代表権の包括性に関する規定を定め、そのうえ、かかる包括代表権の不可制限性を明定する必要がある。ただし、このような法規定があれば、日本法に関する解釈論のように、現実存在している代表権の種々の制限に対して、代表権の不可制限性を貫くことができ、これによって善意の第三者の利益が保護されるからである。

なお、日本法（商法二六二条）のように、表見代表取締役の制度を設ける必要がある。上述したように、株式会社の大規模化¹⁹⁾に鑑みれば、複数の法定代表者が必要となり、しかも企業の規模や経営内容などは千差万別であるため、法定代表者の具体的員数およびその名称などは、会社の自主的判断、すなわち会社の定款の規定に任せるのが却って、合理的かつ現実的であると言えよう。しかし、こうなると、会社によって法定代表者の使用する名称にも差異が生じるため、会社の外部の者から見れば、会社の定款および登記簿を常に確認しないと、²⁰⁾会社の法定代表者の確定が不可能であるという煩わしい問題が生じる。したがって、会社の取引相手が一々会社の定款および登記簿により会社の法定代表者を確認するという煩雑なことをしなくても、安心して会社と取引できるようにするため、中国の会社法も、日本法のように、外観主義に基づいて、外観の存在、外観の付与、外観の信頼などを厳格な適用要件とする表見代表制度、すなわち表見代表取締役制度を設ける必要があり、しかもこれを何よりも重要かつ緊急な立法課題にすべきであろう。ただし、表見代表制度が確立されてはじめて、これが上述の会社代表権の不可制限性と相まって取引の安全保護、とりわけ善意の第三者の利益保護に関する制度を完全なものとすると言えるからである。

しかし、中国においては、表見代理制度に関する議論はまったくないとはいえないが、きわめて少ないと言わざる

をえない。その原因は、会社代表者が様々な要因により確定されていないことにあると言われているが、¹²⁾ 会社が確定されていないからこそ、表見代表制度およびそれによる取引の安全保護の重要性が現れてくるのではないかと思われる。表見代表制度およびそれによる取引の安全保護があまり議論されない主な原因は、むしろ、現実において、表見代表と絡んだ取引の安全保護の問題がそれほど深刻になっていないところにあるのではないかと言えないでもない。¹²⁾ また、中国では、民法と商法の関係について、「民商法統合論」と「民商法分離論」が激しく対立しているが、「民商法統合論」が支配的地位を占め、結局のところ、会社立法は、かような「民商法統合論」のもとで展開されていることや、民法通則で定められなかった表見代理の民法による法定化が精力的に主張されていることが明らかにされている。¹³⁾ したがって、会社法上の取引の安全保護に関する法整備は、常に民法通則のそれと深く関連しているので、民法通則におけるそれに関する規定がなければ、会社法におけるその法整備がありえないと主張し、民法通則における表見代理制度の確立を会社法における表見代表制度の確立の大前提としている見解がある。このような「民商法統一論」と「表現代理大前提論」が、表見代表制度およびそれによる取引の安全保護の問題に対する議論を妨げているのではないかと考えられないでもない。

民法と商法の関係については、日本では、民法は一般私法であり、商法は民法の特別法という意味で特別私法であるとして一般に解されていると同時に、①商法のうちには、企業に関する特別の需要に基づいて民法の規制対象である法律事実を変更したものがあること、②商法のうちには、民法の規制対象になっていない法律事実を特殊な制度として設けている場合が少なくないこと、などを考慮して、民法と商法の関係について、それぞれの場面を区別して、民法の適用の問題を考える必要があると主張されている。また、民法と商法とを別個の法典とする立法のもとでは、商法と民法との実定法上の限界付けに不明確なことがあることを免れず、しかもどちらの法典の規定を適用するかによつ

て、法律上の取扱いに重大な相違を生じて不公平な結果が出てくることなどを理由に唱えられた「民商二法統一論」に対して、これは、商法の理論的把握の立場からも、立法政策的に考えた場合にも不適当であり、有害無益とさえ言えよう。けだし、商法は、企業に関する法であり、そのようなものとして自主性を持つものであって、かつ実質的意義における商法の自主性が認められるべきものである以上、民法典とは別個に、商法が独立した制定法の形式を採ることが自然だからである、と論じられている。¹²⁴⁾

また、日本の民法上の表見代理制度と商法上の表見代表制度の関係についても、商法上の表見代表制度の規定（商法二六二条）は、包括的かつ不可制限的な代表権の存在を通常推測せしめる名称の付与に会社の表見責任を認める規定であって、ほんらい行為者に何らかの代理権があるかまたその権限の踰越があるかどうかを問わないのであるから、権限踰越による表見代理（民法一一〇条）が成立しない場合はもちろん、それが成立しうる場合にもその適用があることは明らかであり、また民法における代理権消滅後の表見代理の規定（民法一二二条）との関係について、商法二六二条においては、包括的定型的かつ対外関係上不可制限的な会社代表権の存在を示すべき名称に対する第三者の信頼保護が問題なのであるから、その保護の実定法上の根拠は、民法一二二条よりも本条（商法二六二条）に求めなければならぬ、と解され、両者の相違が強調されている。¹²⁵⁾

したがって、中国の会社立法も、企業をめぐる取引の重要性と会社法の自主性などに鑑みて、民法通則における取引の安全保護に関する法整備を待たずに、独自の取引の安全保護に関する法制度、とりわけ民法における表見代理制度より、会社代表権の包括的かつ不可制限的な法的性格に重点を置きかつ適用の範囲がかなり拡大される表見代表制度を設けるべきであろう。もとより、これは、民法通則における取引の安全保護に関する法整備を妨げるものでないのみならず、一般私法である民法通則における取引の安全保護に関する規定の整備も重要な意味を持つことは論を待

たない。

第四節 取締役・經理の義務および責任

一 序説

会社の経営者たる取締役が、会社に対していかなる義務を負い、これらの義務に違反したときにはいかなる責任を負うべきかは、取締役と会社との法律関係によることは言うまでもないであろう。この点については、日本では、明治三二年の商法のもとで、学説により、取締役は善良なる管理者の注意義務を負い、それに違反すれば会社に対して賠償責任を負うものと解されていたものの、取締役と会社の関係の法的性質についての規定が置かれていないため、取締役の善管注意義務や会社に対する賠償責任に関する明文の根拠が欠如していたが、かような欠陥を克服し、取締役と会社の関係について、それは民法の委任に関する規定に従うという明確な規定を置いたのが明治四四年の商法改正によってであるとされている。¹²⁷⁾

すなわち、同改正により、株式会社の取締役は、民法六四四条の定めにより、その職務執行に際して善良なる管理者として注意義務を負うことが明らかにされた。一般にこれを取締役の注意義務という。ところが、昭和二五年の商法改正は、それとは別に、取締役は法令および定款ならびに総会の決議を遵守し会社のために忠実にその職務を遂行する義務を負うと規定し、取締役の忠実義務を定めた(商法二五四条ノ三)。この忠実義務と注意義務はいかなる関係のものであるか、すなわち、両義務は同質のものか、それとも異質のものかの問題について従来から見解が対立し、異なる見解により両義務の内容やその必要性・意義などについて様々な説明がなされていることは後に見るところであるが、いずれにせよ、日本法においては、取締役と会社の関係は民法における委任関係であることが明らかにされ

ているのである。

これに対し、中国の改革開放以来の会社立法においては、取締役と会社との関係について日本法のように、委任関係であることを明確に定めることは最も重要であると主張されることがあっても、かかる関係を示す明確な規定は未だに定められていないのが現状である。したがって、中国の会社法規において取締役と会社との関係は、いかなるものか、また、取締役が会社に対していかなる義務と責任を負うべきか、そして、すでに定められている取締役の様々な義務および責任はいかなる性質のものか、の問題を解明するのはきわめて困難である。¹²⁸

二 日本法における取締役の義務および責任

(1) 取締役の義務

(イ) 取締役の一般的義務

取締役の一般的義務として、日本法は、取締役は、会社との関係において、民法における委任の關係にたち、それゆえに取締役はその職務の執行に際して、善良なる管理者としての注意義務を負うものとしている（商法二五四条三項、民法六四四条）。これとは別に、商法は、明文の規定をもって、取締役の、法令および定款ならびに総会の決議を遵守し会社のために忠実にその職務を遂行する義務、いわゆる取締役の忠実義務を定めている。¹²⁹しかし、明治四四年の商法改正により明確にされた取締役の注意義務と昭和二五年の商法改正によって定められた取締役の忠実義務はいかなる関係のものなのか、ことに両義務は同質のものなのかそれともまったく異質のものなのかという問題について激しく議論され、見解が完全に分かれている。かかる取締役の注意義務と忠実義務の關係に関する異質論と同質論の議論の概要は、以下のとおりである。¹³⁰

昭和二五年改正による取締役の忠実義務は、民法上の委任関係に基づく取締役の注意義務とは別の独立した義務であり、注意義務と性質を異にするものであると主張する異質論は、両義務の意義について、注意義務は、取締役が職務執行に当って相当の注意、すなわち、平均的な取締役に通常要求される程度の合理的な注意を尽くすべきことを言うのに対して、忠実義務は、取締役がその地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己の個人的利益を図ってはならないことを言う。そして、注意義務は取締役が会社の機関として行う行為について問題となるが、忠実義務は会社の機関としての行為に関係しないことが多いと主張し、両義務を区別する必要性などについては、①注意義務違反による責任は過失がなければ生じないが、忠実義務違反による責任は無過失でも生じること、②忠実義務違反の場合には、注意義務違反の場合のように会社の損害にとどまらず、取締役の得たすべての利得も会社に返還させること、③異質論に立てば商法二六四条・二六五条・二六九条などの個別規定では処理できない取締役・会社間の利益対立問題でも体系的に解決できること、④注意義務は経営上の判断を尊重するいわゆる経営判断の原則により緩和されてもやむをえないが、忠実義務は公正な業務執行のために要求されること、などが強調されている。¹³³

これに対し、取締役の注意義務と忠実義務は同質のものであると見る同質論は、以下のような理論構成を示している。①商法二五四条ノ三の義務は、善管注意義務を敷衍し、かつ一層明確にしたものであって、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の高度な義務を規定したものではない。②委任もまた当事者の信頼を基礎とする契約であり、受任者（取締役）に委任者のために忠実に委任事務を処理する義務がある。つまり、民法六四四条の注意義務には、英米法上の信任関係上の義務の多くが含まれている。③商法二六四条・二六五条などの個別規定は、取締役の一般的な注意義務を基礎として責任要件および効果を明確にした特別規定にすぎず、商法二五四条ノ三の規定から、委任規定およびこれらの個別規定に定められている以上の義務は生じない。¹³⁴

また、①民事責任は過失責任が原則であり、例外的に無過失責任を認めるが、その根拠および要件の明確化が要求される。しかし、異質論により強調されている忠実義務違反の取締役の無過失責任の理論的根拠が明らかではないこと、②異質論が強調する忠実義務違反の場合の取締役の得た利得の会社への返還の効果は、介入権（商法二六四条参照）のような制度的手当をしたり、損害を合理的に解釈したり、あるいはその他の考察によれば、忠実義務によらずとも同じ結論を得ることが可能であること、③異質論を徹底すれば、昭和二五年の商法改正はアメリカ法における取締役の忠実義務（信任義務）を導入すると同時にアメリカの判例が認める多数株主の少数株主に対する信任義務をもまた導入したという肯定的な結論とならざるをえないが、きわめて疑問であること、④異質論は、経営判断の法則は注意義務に限り適用され、忠実義務には適用されないと説くが、アメリカにおいては、取締役は「複合的な動機」がある場合、伝統的な忠実義務の概念では処理し切れない取締役の行為問題に対して、新たな理論が立てられていることを考慮すれば、異質論のこの主張の妥当性もきわめて疑問であること、などを根拠に忠実義務異質論に対して、相当の疑問を示している見解もある。¹³⁵

同質論においては、民法上の委任法理には、英米法上の信任法理が含まれているため、忠実義務に要求されている取締役の義務、すなわち、会社のために忠実に職務を遂行し、その地位を利用し、会社の利益の犠牲において自己の利益を図ってはならないという義務は民法上の委任法理、とりわけ受任者の注意義務の解釈によって導き出されうる¹³⁶と一般に主張されている。

しかし、民法上の規定にはかような趣旨の規定が明確に置かれていないばかりでなく、法があくまでも善良なる管理者の「注意」という文言を使用している以上、異質論により注意義務は、取締役が職務執行に際して尽くすべき注意の程度に関するものであり、かような注意義務は取締役の会社の経営上の判断の適否に関して意味を持ち、「会社

の経営が複雑化し専門化するに伴い、裁判所が、取締役のなした経営上の判断の適否を事後的に論じることが困難となり、取締役が、経営上の判断について善管注意義務違反に問われることは稀となり、この意味で、取締役の善管注意義務は緩和される傾向を持つ⁽³⁷⁾と言われるのもやむをえないであろう。この意味で、昭和二五年の商法改正において、アメリカ法の多くの制度(たとえば、取締役会制度・授權資本制度など)が導入されると同時に、委任法理に基づく善管注意義務と異なる、英米法の判例によって発展してきた信任法理に基づく取締役の忠実義務も導入されたと言えよう。

ただし、かような取締役の忠実義務の意義について、異質論は、これは、取締役がその地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己の個人的利益を図ってはならないことをいうと解釈するが、かかる義務を定めた商法二五四条ノ三の規定自体には、かような趣旨がかならずしも明らかにされているとは言えず、あくまでも法規定に対する解釈によるものにすぎないであろう。したがって、同質論が、忠実義務論を特に採用する実益はなく、会社の利益ないし取締役の会社に対する義務と取締役の個人的利益ないし会社外の義務の間に対立関係がある場合の法的処理は、会社法の個別規定や善管注意義務の弾力的解釈によって十分可能であると言われることにも一理があると言わざるをえない。また、同じ異質論の主張者から立法論として忠実義務の内容および義務違反の効果を明確にするため、「取締役はその職務遂行に係するすべての行為について会社のためにのみ行動すべきであり、彼がその職務において得た利益はすべて会社に属せしめられる⁽³⁸⁾」という規定の設置が提案されるのも、いわゆる忠実義務の法規定の不明確さに起因するものと言えよう。

したがって、現行法(民法も商法も)の規定を忠実に解釈するのならば、忠実に職務を遂行する義務というも善良な管理者の注意をもって職務を遂行する義務というも、要は取締役が慎重かつ誠実に会社の業務を遂行すべきことを

要求するものにほかならないのであって、ただ現行法は取締役の権限を拡大すると同時にその責任をも強化した（商法二六六条参照）ので、これと対応して取締役員の一般的義務についてもとくにその明確化を図ったものと解すれば足りると論じられているが、⁽³⁹⁾そのように言うてよいであろう。

いずれにせよ、日本法においては、取締役と会社との間の関係は民法における委任に関する規定に従うこと（商法二五四条三項）、それゆえ取締役はその職務を遂行するにあたり会社に対して善良なる管理者の注意義務を負うこと（商法二五四条三項、民法六四四条）のほか、取締役は法令および定款ならびに総会の決議を遵守し会社のために忠実にその職務を遂行する義務を負うことが明文で定められており、取締役の一般的義務として注意義務と忠実義務が定められていることは明らかであろう。

以上のほか、取締役の一般的義務として、法には明確の規定はないが、通説・判例により取締役の監視義務が認められている。すなわち、現行法のもとでは、取締役は、取締役としての資格においては会社の業務執行権を有しないが、他方、取締役会に会社の業務執行を監督する権限が認められている。したがって、かかる取締役会の構成員である取締役は、他の取締役の業務執行に対して、それが適正に行われるように監視する義務、いわゆる監視義務があると解されている。⁽⁴⁰⁾また、かような取締役の監視義務について、それを代表取締役と平取締役の異なる立場から説明する学説も見られる。これによれば、株式会社の取締役は、取締役会の一員として、会社の業務の意思決定に参加するが、会社の業務執行自体にあたるのは原則として代表取締役である。したがって、実際においては、代表取締役は下位の業務執行の補助者を指揮するとともに、その不正行為・過失を未然に防止するため、その職務執行の監視・監督にあたる。これに対して、代表権のない、いわゆる平取締役は、取締役会に代表取締役の選任・解任権のほか、取締役の職務執行の監督権も認められているため、代表取締役の業務の執行が法令、定款および営業の基本方針に適合し

ているかどうかを監視・監督する、と論じられている。^④

このように一般に取締役の監視義務が認められているが、取締役の監視義務の根拠やその監視義務、とりわけ平取締役の監視義務の範囲などについて様々な議論がされている。まず、学説も判例も代表取締役に平取締役や下位の業務執行の補助者たる使用人などに対する監視・監督義務があることに異論はない。^④ 複数の代表取締役のある場合の代表取締役の相互間の監視義務については、判例の多くは、いずれも名目上の代表取締役が会社の業務を他の代表取締役に一任してその本来の職務の遂行を怠った事例に関するものであるが、取締役の注意義務あるいはその忠実義務を根拠にそれを認めているとされている。^④ しかし、これらの判例のうち、代表取締役の地位について、それを代表取締役の業務執行機関たる地位と取締役会の構成員たる地位とに分け、代表取締役の監視義務は前者によるものもあれば後者によるものもあるため、代表取締役の監視義務をこのように区別して考察すべきことを強調した判例があり、同判例は、代表取締役の監視義務の根拠について曖昧な善管義務説を排し、それを代表取締役の取締役会の構成員たる立場に求めたものとして高く評価されているようである。^④

また、取締役の監視義務について、取締役はいかなる範囲で監視義務を負うのかの問題がある。この問題については、判例にも学説にも、取締役の監視義務、とりわけ平取締役のそれは、取締役に上程された事項に限定し、代表取締役の業務執行行為一般までに及ばないと解するものが多く見られる。^④ その理由について、現行法のもとでは、取締役は、会社の業務執行権を有せず、取締役会の一員として会社の業務執行の意思決定に参加するものにすぎないため、取締役の監視義務は取締役に上程される事柄についてのみ認めるべきであるとされている。しかし、これに対して、一部の有力学説により、取締役の監視義務は代表取締役の業務執行行為一般に及ぶものと解すべきがために、取締役に上程される事項のみならず、取締役に上程されない代表取締役の業務執行に関するその他の事項にも取

締役の監視義務が要求されるべきことが主張されている。¹⁴⁶ その理由については、取締役の監視義務を取締役会に上程された事項に限定してしまうと、取締役会の監視機能を働かせようとしても、すでに機を逸していることが多くなるからと強調されている。

この有力説の立場に立ち、最高裁判所は、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適性に行われるようにする職務を有するものと解すべきである」と判示した（最高裁判所判決昭和四八年五月二二日最高裁判所民事判例集二七巻五号六五五頁）。この判決の意義について、この判決は、平取締役の監視義務が取締役会に上程された事柄にとどまらず、代表取締役の業務執行一般に及ぶことを明確にしたのみならず、かかる取締役の監視義務は取締役会の業務監査機能に由来するものであることを判示したものと解されている。¹⁴⁷

また、昭和五六年の商法改正も、この有力説をとり、取締役会の権限に、取締役の職務執行の監督権を追加し（商法二六〇条一項）、取締役の取締役会の招集権を保障するとともに（商法二五九条）、取締役の取締役会に対する業務の状況の定期的報告義務を定めて（商法二六〇条三項）、さらに取締役会の専決事項を追加して（商法二六〇条二項）、取締役の、会社の業務執行一般に及ぶと解されてきた監視義務を否定しがたいものにしたと言えよう。

もっとも、上述の最高裁判決について、ただ取締役の監視義務を抽象的に肯定しただけで、具体的内容の範囲について問題が残されていると指摘するほか、かような取締役の監視義務についても、取締役は、時間的な制約および情報面での制約を有しており、使用人によって行われる会社の業務はもちろんのこと、業務執行を担当する他の取締役

の職務であってもその細目を知っておくことはきわめて困難であり、したがって、取締役の監視義務は、取締役に上程される事項に限らず、業務執行全般についてであると解するにしても、そこに一定の限界を設けておく必要があると主張する見解がある¹⁴⁸⁾。また、かような取締役の監視義務から、取締役は業務執行について、不断の注意を尽くす義務があると解すべきではなく、取締役が使用人を兼務していたために、業務執行者の不適正な行為を知ることができたときや、そのような行為が行われるおそれが大きいときなど、不当な業務執行を知りもしくは知りうべき特段の事情がある場合に限りて取締役の監視義務を認める見解があることにも注意すべきであろう¹⁴⁹⁾。

このほか、取締役の監視義務について、名目上の取締役や登記名義上の取締役の監視義務の問題もある。前者について、原則的にその監視義務を認めながら、具体的には、かかる取締役の故意または過失を認めるのがきわめて困難であるなどの理由によりその監視義務を否定する判例が見られるとされている¹⁵⁰⁾。後者については、不実の就任の登記に承認を与えたときは不実の登記の出現に加功したのであるから、商法一四條を類推適用して、就任登記の不実なことをもって善意の第三者に対抗することができず、結果として、その者は善意の第三者に対し商法二六六条ノ三に言う取締役としての責任を免れないであろうとされている¹⁵¹⁾。

いずれにせよ、日本法においては、取締役は、取締役としての地位において会社の業務執行権を有しないにもかかわらず、取締役会の一員としての取締役会への出席・議決権のほか、取締役会の招集権が認められているのみならず、取締役により構成される取締役会には、代表取締役の選任・解任権、会社の重要な業務事項の専属決定権のほか、取締役の業務執行状況に関する定期的な報告を受ける権限などが定められているため、かような業務執行機関の構成員たる取締役には、他の取締役の業務執行を監視する義務、いわゆる監視義務があると解するのが当然のことであろう。ただし、一部の学説・判例により主張されているように、現実においては、とくに大規模の株式会社においては、取

締役は、時間的な制約のほかに情報収集面からの制約を受けざるをえないこと、業務分担により他の取締役の業務執行を把握し、その細目を知ることがきわめて困難であることのほか、名目的取締役が多く見られ、登記簿上のみの取締役さえ存在することなどの現状を考慮すれば、取締役は、使用人の兼任により業務執行者の不適正な行為を知ることができたとき、またはそれを知りもしくは知りうべき特段の事情があるときに限って、他の取締役の業務執行全般につき監視義務を負うものと解すべきであろう。

(四) 取締役の特別義務

日本法は、上述の取締役の一般的義務のほかに、個別的法規定をもって取締役の多くの具体的義務（以下、特別義務という）を定めている。取締役のこれらの特別義務を大まかに分類すれば、取締役の会社との利害衝突避免義務と取締役の資本充実義務の二つに分けることができる。

取締役の会社との利害衝突避免義務として、日本の商法は、主に取締役の競業取引と取締役会社間の取引・間接取引について規制を設けている。それぞれの概要を見ると、以下のとおりである。

(a) 日本商法は、取締役が自己または第三者のために会社の営業の部に属する取引をなすには、取締役会においてその取引につき重要な事実を開示し、その承認を受けることを要すると定めている（商法二六四条一項）。一般にこれを取締役の競業避免義務という。取締役にこのような義務を課した趣旨については、一般に取締役は、代表取締役であるか否かを問わず会社の業務執行に関する強大な権限を有し、営業の機密にも通じているから、競業を自由になしうるとすれば、その地位を利用して会社の取引先を奪うなど、会社の利益を犠牲にし、自己または第三者の利益を図る危険が大きい¹³²ため、かような危険から会社の利益を守る必要があるからであると解されているが、かかる取締役の競業避免義務の法的性質およびその範囲、取締役会の承認の効力などについては、様々な議論がなされている。

取締役の競業避止義務の法的性質論には、かかる義務は、取締役がその地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ってはならないことを意味する観点から見れば、アメリカ法の強い影響のもとで制定されたと言われる取締役の忠実義務より発生したものであると解する説¹⁵³と、これは取締役の善管注意義務の特殊形態を定めたものであると解する説¹⁵⁴の対立がある。前述したようにこの対立は、取締役の注意義務と忠実義務の関係に対する見解の対立によるものである。また、取締役の忠実義務と競業避止義務の関係に対する分析に重きを置き、具体的な事案を離れて忠実義務を具体化することに限界があること、取締役の競業避止義務は、忠実義務の規定が定められる前から存在していること、また、取締役の競業避止義務に対して要求されている取締役会の承認は、原則として経営判断に属するものと考えべきことなどを考慮すれば、商法二六四条に言う取締役の競業避止義務と忠実義務に基づいて導き出される取締役の競業避止義務について、理論的に区別されるべきであると主張する見解もある¹⁵⁵。

取締役の競業避止義務の範囲については、かかる義務を定めた規定は、事前的・一般的な禁止規定であり、かつ取締役会の承認決議により解除されるのであるから、競業取引にあたるかどうかの判断も定款所定の目的に従って形式的に行われるべきであると解する説もあるが、多数説は、競業避止義務にあたる取引とは、会社の営業の目的たる事業を基準とするが、それより広く目的たる事業と同種または類似の商品または役務を対象とする取引で会社と競争を生じるものと解すべきであるとする。ただし、基準となる会社の営業の目的たる事業は、定款所定の会社の目的たる事業のすべてではなく、そのうち会社が実際に行っている事業を指すものであり、かような観点からすれば、会社ですでに開業準備に着手している事業や一時的に休業している事業は、当然保護範囲に含まれるが、逆に定款に記載されていても、会社が行う準備をまったくしていない事業や完全に廃止された事業については、その保護範囲から除かれるべきである、と主張している¹⁵⁷。

取締役の競業禁止義務に関する規定には「自己または第三者のため」(介入権における「自己または第三者のため」も同様)という文言があり、これに対する解釈にも見解の対立が見られる。すなわち「自己または第三者のために」の意味は、一体、「自己」または第三者の名をもって」ということを意味するのか、それとも「自己または第三者の計算において」ということを意味するのかをめぐる対立であるが、かかる取締役の行為の法的効果が自己または第三者に帰属する点を重視する解釈は、前者、すなわち、「自己または第三者の名をもって」の意味であると主張するのに対し、多数説は、かかる取締役の行為の経済上の効果が自己または第三者に帰属する点を重視するため、「自己または第三者のため」とは、「自己または第三者の計算において」の意味であると解している。⁽⁶⁰⁾

また、取締役の競業取引(会社の営業の部類に属する取引のこと)の承認に関する規定自体は、種々の変遷を経て、昭和五六年の商法改正により現行法のように、取締役会の承認決議事項になったのである。実は、この承認に関する規定は、昭和二五年改正までは総会の普通決議事項とされていたが、同改正により総会の特殊決議とも言われる、発行済株式総数の三分の二以上の多数決に変更された。しかし、昭和五六年の商法改正は、一転してその承認を総会の決議事項から外して取締役会の決議事項にしたのである。かような変化の趣旨については、これは、従来から承認機関を取締役会としている取締役会社間の取引の規制に合わせたものである。なぜならば、競業取引と取締役会社間の取引とで承認機関を異にすることは合理的理由に乏しく、また、従来の競業取引の承認方法は厳格すぎたからであると解されている。⁽⁶⁰⁾

ここで問題となるのは、取締役会の承認の効力である。通説においては、昭和五六年改正前の商法のもとでは、株主総会の特殊決議による承認となっていた(昭和五六年改正前商法二六四条一項・二項)ために、この承認決議は、取締役の競業取引の承認決議と同時に、競業禁止に違反した取締役の免責手続でもあったから、かかる承認を得れば、

たとえ競業取引によって会社に損害を与えても当該取締役は責任を負わないと解されていた。これに対し、現行法における取締役会の承認については、かかる承認を得れば、取締役の競業禁止は解除されるが、競業取引によって会社に損害を与えた場合には、当該取締役が損害賠償責任を負わなければならない(商法二六六条一項五号)。¹⁶¹というのは取締役会の承認決議には取締役の責任免除の効力が認められていないからであると解されている。¹⁶²これに対し、取締役会の承認があった以上、かかる取引によって会社に損害を与えても当該取締役は損害賠償責任を負わないという少数説も主張されているほか、競業取引を行おうとする取締役にとっては、取締役会の承認を受ける利益が小さいため開示して、承認を受ける意欲が湧いてこないことなどの問題が否定できないから、通説の妥当性には疑問が残ると主張する説もある。¹⁶³

また、競業避止義務に違反してなした取締役の競業取引に対する取締役会の事後承認の効果について、多数説は、もし事後承認を認めれば、競業義務に違反した取締役の会社に対する責任の免除には総株主の同意を要するという規定(商法二六六条五項)の趣旨が没却されざるをえないことなどを理由にそれを否定しているが、他方、取締役に係る事後承認が取締役の会社に対するかかる責任を免除したり、会社の被った損害に関する推定規定(商法二六六条四項)の適用を排除することは認めえず、また、事後承認が競業避止義務違反を理由とする少数株主の取締役解任の訴えの提起(商法二五七条三項)を妨げえないとしても、取締役会が事後承認をした以上、介入権の行使(商法二六四条三項)はできないであろうと主張する説も有力である。¹⁶⁴

商法二六四条は、以上のほか、取締役の競業避止義務につき、すでに実行された競業取引に対して取締役会が適宜の措置を講じうるために、かかる取引をなした取締役は、事前に取締役会の承認を受けたかどうかを問わず、その取引につき重要な事項を遅滞なく取締役会に報告しなければならないこと(商法二六四条二項)、および会社は取締役に

損害賠償をさせるだけではかならずしも十分でなく会社の得意先を維持する必要があるため、かかる取引の時から一年を経過しない限り、取締役会によっていわゆる介入権、すなわち、取締役が競業避止義務に違反し自己のために取引をなしたときに、取締役会がこれをもって会社のためになしたものとみなす権利を行使しうること（商法二六四条三項・四項¹⁶⁵）を定めている。また、商法は、取締役の競業避止義務との関連規定において、取締役会の承認を得たが、競業取引により会社に損害を与えたときは、当該取締役はもとよりかかる承認決議に賛成した取締役も競業をなしたのと同じ責任を負うこと、および承認決議に反対したが取締役会の議事録にとどめていない取締役も、反対したことを立証できない限り損害賠償責任を免れないこと（商法二六六条一項五号・二項・三項）や、競業避止義務に違反した取締役に対して、損害賠償を請求する場合には、損害額の立証が困難であることに鑑み、かかる取引により取締役が得た利益の額を会社の被った損害額と推定すること（商法二六六条四項）を定めている。

(b) 日本の商法は、取締役の会社との利害衝突の避止義務の一つとして、また取締役会社間の取引、いわば利益相反取引について、以下のように規制しているのである。

商法は、その第二六五条においてまず、取締役が会社の製品その他の財産を譲り受け、会社に対し自己の製品その他の財産を譲り渡し、会社より金銭の貸付を受け、その他自己または第三者のために会社と取引をなすには、取締役会の承認を受けることを要すると定めている（商法二六五条一項前段）。一般にこれを取締役会社間の取引（取締役の自己取引とか取締役会社間の直接取引と呼ぶこともある）に関する規制という。また、商法は、同条において、会社が取締役の債務を保証し、その他取締役以外のものとの取引で会社と取締役の利益が相反する取引をなすときも取締役会の承認を受けなければならぬと定めている（商法二六五条一項後段）。一般にこれを取締役会社間の間接取引という。¹⁶⁶

取締役会社間の取引・間接取引につきかような規制をしたその趣旨については、一般に取締役が会社と取引をする場合において、その地位を利用し、また他の取締役と結託することによって自己または第三者の利益を図るのを防止するために出たものであると解されている。また、取締役会社間の取引・間接取引の承認機関については、いわゆる直接取引につき昭和二五年の商法改正により監査役の権限が会計監査のみに縮小されるまでは監査役がそれを務めていたが、同改正により取締役会がそれにあたるように改められ、昭和四九年の商法改正により監査役の権限が再び会計監査のみならず業務監査もするように拡大された後も、かかる取引の承認機関は取締役会のままであるという変遷を経てきたが、間接取引の場合は、昭和五六年の商法改正が、それまですでに判例や学説により認められてきたところを明文化した(商法二六五条一項後段)時点から取締役会となっている。

取締役会社間の取引・間接取引の規制について重要なのはかような規制を受ける取引、すなわち取締役会の承認を要する取引とそれを要しない取引の範囲の確定、同規制に違反するまたは違反しない取引の効果、およびかかる取引の規制と手形行為との関係などの問題である。

かかる取引の範囲確定および同規制違反の取引の効果について、取締役会社間の取引とは、会社と取締役との一切の財産上の法律行為を言い、かならずしも有償行為のみに限られることなく、会社が取締役の債務を免除するような単独行為も含まれる。かような意味での取引については、取締役会の承認を要する直接取引として、取締役による会社への金銭貸付、会社による取締役への金銭貸付、売買、会社所有建物の代表取締役への賃貸、実父を代理して会社との間で締結した金銭消費貸借契約のほか、兼任取締役会社間取引の場合、たとえば、共通の代表取締役Aを有する甲乙会社においてAが乙会社を代表して取引をするときや、Aが会社を代表してBが代表する甲会社と取引をするときもその承認を要することは、すでに判例により明らかにされている。

また、取締役会の承認を要する間接取引として、取締役が会社を代表してなす自己の債務の引受・連帯保証、会社による不動産の担保提供などのほか、取締役が会社を代表してその妻の債務のための会社による連帯保証などが判例により、会社が取締役を被保険者とし、他の取締役を受取人とする生命保険契約などが学説によって認められており、兼任取締役会社間の間接取引に関して法規定には「第三者のために」の文言がないにもかかわらず、取締役が第三者のために、すなわち、第三者の代理人または代表者として負担した債務について会社が保証などをする場合も取締役会の承認を受けるべきと解されているのみならず、同旨の判例も見られる。⁽¹⁶⁾

また、取締役会社間の取引の範囲確定の基準について、取締役が自ら会社の相手としてまたは第三者を代理もしくは代表して会社と取引する以上、会社と取引をする取締役が会社を代表せず、他の取締役が会社を代表する場合も取締役会の承認を要する。これは、会社の取締役は相互に容易に結託して会社の利益を害するおそれがあるからであると解されている。⁽¹⁶⁾

他方、取締役会の承認を要しない取引として、その性質上裁量によって会社を害するおそれがないため承認を要しないとされている取引に、普通取引約款による運送契約・倉庫寄託契約・預金契約などや、債務の単なる履行、相殺などがある。また、会社に利益のみを与える行為として、取締役の会社に対する無償贈与の場合、債務の条件を会社に有利に変更する場合、取締役の会社に対する無利息・無担保の貸付行為などがある。また、株主全員が同意した取引、一人会社の株主たる取締役会社間の取引、親会社と全株式を所有されている子会社との取引なども取締役会の承認を要しないものとされている。⁽¹⁶⁾

取締役会社間の取引・間接取引の規制に違反した取引の効果については、最高裁判所は間接取引および手形取引につき、違反取引は無効であるが、会社が第三者に対してその無効を主張するには、第三者の悪意を主張・立証するこ

とを要する相対的無効説をとる(最高裁判所大法廷判決昭和四三年一月二五日民集三二卷一三号三五一一頁)。学説には、無効説と有効説とがあり、従来は絶対的無効説であったが、相対的無効説が判例により採用された後、通説となったとされている¹⁷⁾。また、この場合における取締役の責任については、当該取締役と会社を代表して取引した代表取締役が、法令違反の行為をなした一場合として損害賠償責任を負い、また、他の取締役に対して会社を代表して金銭貸付をなした取締役が未弁済額を弁済する責任を負う(商法二六六条一項五号・三号)。そして以上の責任は、総株主の同意がなければ免除することができない(商法二六六条五項)。この点から、かかる取引に対する取締役会の事後承認は認めえないと解されている¹⁷⁾。

取締役会の承認を受けた取引の効果については、当該取締役が会社を代表すると否とを問わずその取引は有効である。しかし、会社がかかる取引により損害を受けた場合には、当該取締役と会社を代表して取引した取締役のほか、取締役会の承認決議につき賛成した取締役が、会社に対して損害賠償責任を負い、また、会社を代表して他の取締役に金銭貸付をなした取締役やその承認決議に賛成した取締役が会社に対して未弁済額を弁済する責任を負うものとされている(商法二六六条一項四号・三号・二項)。しかし、当該取締役の責任免除について、その要件が緩和され、当該取締役が総会において、その取引につき重要な事実を開示することを要件に、発行済株式の総数の三分の二以上の多数をもって免除することができるとされている(商法二六六条六項)。

取締役会社間の取引の規制に関して、最も議論された問題の一つは、かかる規制と手形行為の関係である。すなわち、取締役会社間の手形行為、ことに会社のなすそれが商法二六五条に言う「取引」に該当するかどうか、また該当するならば、商法二六五条の承認を受けない手形行為の効力はどうか、という問題について相当議論されている¹⁸⁾。もとよりこの問題については、明治四二年の、取締役会の承認を受けない取引一般を無効のものとするとともに、

手形行為も商法二六五条の適用を受けるのみならず、同条違反の手形行為は無効であり、会社はいかなる手形の所持人に対しても、支払を拒みうると判示した大審院の判決（大審院民事聯合部判決明治四二年二月二日民録一五楯九二六頁）以来、判例の主流は、手形適用説、すなわち、取締役会社間の手形行為、ことに会社の振り出す取締役会社間の手形行為は商法二六五条の適用を受けるという説をとり、学説上も適用説が多数説である。¹⁷³

しかし、学説の多くは、上述の大審院の判決のとおりに解すれば、手形取引の安全保護が著しく害されることになると、同判決を批判しており、同条の承認を受けない手形行為の効力について、内容の異なる種々の説が主張されている。すなわち、①手形行為を債権行為と物権行為とに分け、物権行為にあたる手形行為のみが商法二六五条の適用を受け、同条に違反すれば、相手方は手形所有権を取得しないから権利を行使しえないが、手形所有権の善意取得者はその権利を行使しようと主張する説もあれば、②手形行為自体には利害相反の関係はありえないため、商法二六五条の適用を受けないが、ただ実質的な原因関係が取締役会の承認がないため無効となればそれを人的抗弁となしうるといふ説（非適用説）のほか、③手形債務は抗弁の切斷・挙証責任の転倒・不渡処分危険という不利益を伴うなどの理由から、手形行為も商法二六五条の適用を受けるが、同条を命令規定と解する立場から、同条違反の手形行為も無効行為とならず、取締役役に賠償の責任を生じるにすぎないと主張する説も、また、④手形行為を手形の書面行為と有価証券たる手形の交付行為とに分け、かかる交付行為のみが権利移転行為であるため、当事者間に利害の相反が生じ、商法二六五条の適用を受けなければ、無効となり、手形上の権利が有効に存在していても、取締役は無権利者になるが、その手形の裏書を受けた第三者は手形上の権利を善意取得することができると説く説もある。

以上の諸説に対し、取締役会社間の手形取引について、会社の利益保護と手形取引の安全保護の調和的観点から、手形取引も商法二六五条の適用を受け、同条違反の手形取引は無効であるが、これをもって善意の第三者に対抗する

ことができないとする説、いわゆる相対的無効説が主張され、判例も、現在は、明治四二年の判決を改め、この説をとっている（最高裁判所大法廷判決昭和四六年一〇月一三日民集二五卷七号九〇〇頁）。

なお、取締役会社間の取引について、商法は、かかる取引に関する取締役会の承認があった場合には、取引の相手方である取締役が自ら会社を代表して自己または第三者のために会社と取引をするときでも、自己契約および双方代理の禁止に関する民法一〇八条の規定は適用しないと定めている（商法二六五条二項）。取締役会の承認は本人の承認にほかならないから、民法一〇八条の適用がないのは、現在、当然であるといえるが、この規定は、判例が民法一〇八条にあたる行為は、本人の承認があっても無効であると解した時期に、明治四四年改正により附加されたものであるとされている¹⁷⁾。

また、取締役会社間の取引・間接取引について、取締役の事後報告義務、すなわち、かかる取引が取締役会の承認を受けたか否かを問わず、それをなした取締役は、遅滞なくその取引につき重要な事実を取締役会に報告しなければならぬことが定められている（商法二六五条三項・二六四条二項）。これは、取締役の競業避止義務に関する規制の場合と同様に、かかる取引について取締役会が適宜の措置を講じうるようにするためとされている。

(c) 日本の商法は、取締役の特別義務として、上述した取締役の、会社との利益衝突避止義務のほかに、会社、株主および会社の債権者などの利益の保護の立場から、取締役に対して厳格な資本充実の義務を認め、かかる義務の具体的な主要保障措置として、会社の設立の段階においては、設立の発起人とともに、取締役の株式の引受・払込（給付）担保責任と財産価格填補責任が定められ、新株発行の段階においては、取締役の引受担保責任と財産価格填補責任が定められている。

まず、会社の設立の段階において認められている取締役の資本充実の義務には、取締役の株式の引受・払込担保責

任と財産価格填補責任がある。前者について、商法は、会社の設立に際して発行する株式で会社の成立後にまだ引受のないものがあるとき、または株式の申込が行為無能力または詐害行為を理由に取り消されたときは、発起人および会社成立当時の取締役が共同してこれを引き受けたものとみなし、また、会社の成立後に払込または現物出資の給付のすまない株式があるときは、発起人および会社成立当時の取締役が連帯してその払込をなしたまたは給付未済財産の価額の支払をなす義務を負うものと定めている（商法一九二条一項・二項）。後者、すなわち、取締役の財産価格填補責任について、商法は、現物出資・財産引受の目的たる財産の会社成立当時における実価が定款に定めた価格に著しく不足するときは、発起人および会社成立当時の取締役が会社に対して連帯してその不足額を支払う義務を負うものとするが、かかる現物出資・財産引受につき裁判所の選任する検査役の調査を受けたときは、当事者でない限り、その義務を負わないと定めている（商法一九二条ノ二第一項・二項）。

次に、会社の新株発行において認められている取締役の引受担保責任について商法は、新株発行による変更登記があったにもかかわらず、まだ引受なきの株式があるとき、または株式の申込が取り消されたときは、取締役は共同してこれを引き受けたのとみなし（商法二八〇条ノ一三第一項）、取締役の財産価格の填補責任について、現物出資の目的たる財産の新株発行当時における実価が取締役会または株主総会の決議によって定めた価格に著しく不足するときは、取締役会の決議に賛成した取締役または現物出資に関する議案を総会に提出した取締役およびそれに賛成した取締役が、会社に対して連帯してその不足額（総会決議による場合は議案に掲げた財産の価格と実価との差額を限度とする）を支払う義務を負うものと定めている（商法二八〇条ノ一三ノ二第一項―三項・二六六条二項）。

新株発行における取締役の担保責任が株式の引受担保責任に限定され、設立時のように引受のみならず払込（給付）担保責任にまで及ぼさなかった立法趣旨についてこれは、新株発行の場合には、引受が払込期日までに払込（現物出

資の給付)がない限り引受人は当然に失権し(商法二八〇条ノ九第二項)、その株式は、始めから引き受けのない株式と同様に、引受担保責任の対象となるからであると解されている。¹⁷⁵ また、新株発行における取締役の財産価格填補責任につき、株主総会の決議によって現物出資の価格を決定した場合において取締役の支払義務を議案に掲げた価格と実価との差額に限定したのは、総会が議案に掲げた価格を修正してより高い価格を定めるときにまで、取締役不足額全額を支払う義務を負わせるのは酷だからであると解されている。¹⁷⁶

(2) 取締役の責任

日本の商法は、後に見るように、株式会社の取締役に対して、厳格な民事責任を課しているのみならず、多くの罰則を設けて嚴重な刑事責任を課しているが、¹⁷⁷ 以下においては主に取締役の民事責任について見ることにする。

取締役の民事責任(以下、責任という)は、まず誰に対してそれを負うかの観点から、しばしば取締役の会社に対する責任と第三者に対する責任とに分けられている。

(イ) 取締役の会社に対する責任

まず第一に、商法は、取締役の責任の発生原因およびその内容について、明確な法規定をもって取締役の一般的責任を定めている。すなわち、取締役は、法令または定款に違反する行為をなしたときは会社に対して、それにより会社が被った損害額につき連帯して賠償の責任を負うものと定められている(商法二六六条一項五号)。言うまでもなく、取締役のかような一般的責任には、会社との委任関係による注意義務違反、会社との信任関係による忠实義務違反、取締役の法的地位(取締役会の構成員などの地位)に関する諸規定から導き出される取締役の監視義務違反などの場合の責任も法令違反のものとして含まれるほか、取締役の具体的な義務を定めた諸規定、たとえば、自己株式取得の禁止(商法二一〇条)、競業禁止義務(商法二六四条)、会社との取引の規制(商法二六五条)などに違反すると

きの責任も含まれると解されている¹⁷⁸⁾。したがって、取締役の法令または定款違反の責任を明確にした商法二六六条一項五号の規定と、取締役の注意義務や忠実義務、競業禁止義務などを定めた諸規定との関係について、同規定（二六六条一項五号）は、取締役がこれらの具体的義務を定めた諸規定に違反するときは、会社に対し連帯して損害を賠償する責めに任ずるといふ趣旨を明らかにするのみならず、同規定により取締役の会社に対する損害賠償責任が取締役の任務懈怠により会社に損害を加えるすべての場合に及ぶことを明らかにしたと解されている¹⁷⁹⁾。

商法は、取締役の責任の発生原因およびその内容について、上述の一般的責任のほか、取締役の権限が大きいことに対応して取締役の責任を強化するため特別な規定を設けて、取締役の地位に即した、以下のような特別責任を定めている。

(a) 取締役が商法二九〇条一項の規定に違反する利益の配当に関する議案を総会に提出し、または二九三条ノ五第三項の規定に違反する金銭の分配をなしたときは、違法に配当または分配された額を会社に弁済しなければならない（商法二六六条一項一号）。一般に、これは、配当可能利益の限度を超える違法な利益配当または余剰利益の限度を超える違法な中間配当に関する責任とされている¹⁸⁰⁾。言うまでもなく、違法な利益配当または金銭の分配は無効であり、会社は株主に対してその返還を請求しうるが、それとは別に、商法は取締役の損害賠償責任を定めているのである。また、法が違法配当額を返済した取締役の違法配当であることを知りながら配当を受領した悪意の株主に対する求償権を認めていることにも注意すべきである（商法二六六条ノ二）。

(b) 取締役が商法二九四条ノ二第一項の規定に違反して財産上の利益を供与したときは、供与した利益の価額を会社に弁済しなければならない（商法二六六条一項二号）。これは昭和五六年の商法改正によって定められた株主の権利行使に関する利益供与の禁止に違反する取締役の責任を定めたものであり、一般に無過失責任と解されている。

利益供与の禁止に違反してそれがなされた場合は会社がそれを受けた株主に対して返還請求権を持つこと、それとは別に取締役をして損害賠償の責任を負わしめたことは、上述の違法配当の場合と同様である。なお、供与した利益を弁済した取締役は、民法五〇〇条の規定により利益供与を受けた株主に対し会社に代位して返還請求権を行使することもできる。

(c) 取締役が他の取締役に對し金銭の貸付けをなしたとき、弁済のない額を会社に弁済しなければならない(商法二六六条一項三号)。これは、会社からの金銭の貸付けを受けた取締役に責任を定めたものではなく、会社を代表して貸付けをなした取締役に責任を定めたものである。これは②の利益供与の場合と同様に無過失責任であると解されている。¹⁸⁾

(d) 取締役が商法二六五条一項の取引をなしたときは、会社が被った損害額を会社に賠償しなければならない(商法二六六条一項四号)。しかし、この規定の適用範囲については、それは、取締役会の承認を受けないでなされた取引のみに適用されると主張する見解¹⁹⁾と、取締役会の承認を受けた取引のみならずそれを受けなかった取引にも適用があると主張する見解がある。¹⁸⁾これに對し多数説は、取締役会の承認を受けなかった取引は、当然法令違反となり、商法二六六条一項五号の規定が適用され、取締役会の承認を受けた取引のみに二六六条一項四号の規定の適用がある¹⁹⁾と解し、取締役会社間の取引・間接取引が取締役会の承認を受けたが対価の不当などにより会社が損害を被った場合の当該取締役の賠償責任を認めたものであると解している。¹⁸⁾取締役のこの責任の性質は、忠実義務違反の責任として、無過失責任であると解されている。

第二に、以上の責任を負う取締役の範囲について、商法は、第二六六条一項において、同項各号に掲げられている行為をなした取締役は会社に対し連帯して法定の額または会社が被った損害額を弁済または賠償する責任を負うと定

め、同条二項において、第一項に例示されている行為が取締役会の決議に基づいてなされたときはその決議に賛成した取締役はその行為をなしたものとみなすと定め、また、その同条三項において、取締役会の決議に参加した取締役で議事録に異議を止めなかった者は決議に賛成したものと推定すると定めている。

商法のこれらの規定からすれば、上述の責任を負う取締役は、まず、それぞれの責任原因に該当する行為をなした取締役である。具体的に言えば、注意義務や忠実義務などの法令も含む、法令または定款に違反する行為をなした取締役、違法な利益配当に関する議案の提出または違法な中間配当をなした取締役、違法な利益供与をなした取締役、会社を代表して他の取締役に金銭の貸付けをなした取締役、取締役会の承認を受けて取締役会社間の取引・間接取引をなした取締役である。かかる取締役が数人あるときは、それらの取締役が連帯して責任を負い（商法二六六条一項）、また監査役も責任を負うときはその監査役も取締役と連帯して責任を負う（商法二七八条¹⁸⁵）。

そして、上述の商法二六六条二項によれば、責任原因に該当する行為が取締役会の決議に基づいてなされたときは、その決議に賛成した取締役は、その行為をなしたものとみなされ、その行為を直接なした取締役とともに会社に対して連帯責任を負うことになり、しかも直接な行為者たる取締役と同一の責任を負うと解されている¹⁸⁶。また、二六六条三項によれば、責任原因に該当する行為を承認する取締役会に出席しながら議事録に異議を止めなかった取締役はその決議に賛成したものと推定され、決議に反対した旨の反証を挙げなければ責任を負わされることになる。この三項の立法趣旨については、一般に取締役会の決議に賛成したかどうかをその取締役の責任を追及する者がそれを立証するのがきわめて困難であり、その立証の困難さを救うために規定されたものであると解されている¹⁸⁷。

また、上述の、責任原因に該当する行為をなした取締役、かかる行為が取締役会の決議に基づいてなされた場合における同決議に賛成した取締役および取締役会に出席しながら議事録に異議を止めなかった取締役のいずれにも該当

しなくても、このような取締役の行為を阻止することのできなかった取締役が、監視義務違反を理由に責任を課される場合があることも明らかにされている。¹⁸⁸⁾

上述の商法の諸規定から導き出される責任を負う取締役の範囲について取締役の違法配当の責任に関し、以下のような例示がなされている。¹⁸⁹⁾ この例示によれば、取締役A・B・C・D・E・Fのうち、A・B・Cが出席した取締役会で、A・Bの賛成、Cの反対によって違法配当議案の承認を決議し、代表取締役Aがそれを総会に提出したとする。この場合に、Aが商法二六六条一項一号の責任を負うことは言うまでもないが、Bも賛成者として一号の責任を負う。Cは責任を負わないが、議事録に反対したことを記載しておかないと賛成したものと推定されるという不利益を受ける。欠席者E・Fは、一号の責任ではなく、正当の理由なく欠席するなどの任務懈怠(監視義務違反)がある場合に、同項五号の責任を負うことになる。

第三に、以上の取締役の会社に対する責任の免除について、商法は、以上に述べた取締役の責任は、原則として総株主の同意がなければ免除することができないものとしている(商法二六六条五項¹⁹⁰⁾)。総株主の同意を要した趣旨について、一般に、そうでなければ、一株の株主でも代表訴訟を提起することができるとしていること(商法二六七条)が無意味になってしまうからであると解されている。

ただ、商法は、取締役の責任免除について、例外として、第二六六条一項四号の取引に関する取締役の責任は、株主総会においてその取引につき重要な事実を開示し、かつ特別決議より嚴重な、発行済株式総数の三分の二以上の多数を要件とする、いわゆる特殊決議をもって免除することができると定めている(商法二六六条六項)。その趣旨について、第二六六条一項四号の責任は、取締役会の承認を受けたにもかかわらず、対価の不当などのために会社が損害を被った場合の責任であるため、かかる取締役会の承認を受けなかった場合の責任やその他の場合の責任より責任

の免除の厳格性を緩和したものであると解されている。¹⁹¹⁾

取締役の責任の免除に関しては、昭和一三条の商法改正前においては、同僚の取締役だけで責任を免除できたが、同改正により株主総会の特別決議をもって免除するという制度に改められた（昭和二五年改正前商法二四五条一項四号）。そして、昭和二五年の商法改正により、同改正によって導入された株主の代表訴訟制度との関連で、取締役の責任の免除の厳格化を図り、昭和一三年改正によって確立された総会の特別決議による免除制度が現行法の、原則として総株主の同意によるものに改められたのである。¹⁹²⁾

取締役の責任の免除以外の消滅原因については、商法に規定されていないが、それは、一般原則（民法一六七条一項）により一〇年の時効によって消滅するとされている。

なお、昭和五六年改正前の商法には、取締役の責任の解除制度が設けられていた。それは、明治三二年の商法においては、定時総会で決算の承認をなしたときは、取締役に不正の行為があった場合を除き、当然かつ直ちに取締役の賠償責任が解除されるものになっていた（昭和一三年改正前商法一九三条）が、昭和一三年の商法改正により、決算の承認後二年内に総会による別段の決議のない場合に限り解除されるものと改められ（昭和五六年改正前商法二八四条）、昭和五六年改正まで続いたのである。¹⁹³⁾ 昭和五六年の商法改正は、取締役の責任解除の根拠と解除される責任の範囲がかならずしも明らかでないこと、取締役・監査役の責任が強化されるべきことなどの理由により、この取締役の責任解除制度を廃止したと説明されている。¹⁹⁴⁾

最後に、商法は、上述のように、取締役の会社に対する責任について、その責任の発生原因および内容、責任を負う取締役の範囲、取締役の責任の免除などを厳格に規定しているのに加え、取締役の責任の追及の点においても、取締役監査役間または取締役間の特殊関係により会社による取締役の責任の追及が期待どおりに遂行されないことを考

慮して、株主が会社のために取締役の責任を追及する制度として、株主の代表訴訟（商法二六七条―二六八条ノ三）を認めている。

このほか、商法は、株主が会社のために取締役の違法行為を差し止める制度も認めている（商法二七二条）。いずれにおいても、株主が、実質上、会社の代表機関的地位に立って行うものであるという点で両者は共通しており、また、通説によれば、いずれも株主が会社の正規の体制による運営を監督是正するために認められた権利であるため、株主の共益権に属すると解されている。¹⁹⁵ 両者の相違については、株主の代表訴訟は、いわば事後における積極的給付を目的とする制度であるのに対し、株主の違法行為差止権は、取締役の違法行為がなされる前における事前の消極的な防止を目的とする制度であると解されている。

また、取締役の責任を追及するための訴訟にしても取締役の違法行為を差し止めるための差止権にしてもともに会社（原則として監査役が会社を代表して行う）が自ら行うべきものであるが、取締役監査役間または取締役間の特殊関係から、会社自体がこれらの権利を積極的に行使することはあまり期待できないのみならず、企業における所有と経営・支配の分離の現象に対応して取締役の権限が一層拡大されつつあることから、取締役の責任および株主の地位の強化が避けられない客観的な要請となったため、昭和二五年の商法改正により、アメリカ法にならって株主の取締役に対する代表訴訟と違法行為差止権が認められたとされている。¹⁹⁶

日本法における株主の代表訴訟および違法行為差止権の概要を見ると、以下のとおりである。

まず、商法は、株主の代表訴訟について、六カ月前より引き続き株式を有する株主は会社に対し（原則として監査役に対して行う。商法二七五条ノ四後段。ただし商法特例法二五条参照）書面をもって取締役の責任を追及するための訴訟を提起するよう請求することができ、かかる請求の日から三〇日以内に会社が訴訟を提起しない場合には、株

主は自らその訴訟を提起しうると定めている（商法二六七条一項・二項）。また、三〇日という期間の経過によって会社に回復すべからざる損害を生じるおそれのあるときは、株主（六カ月引き続き株式を有する株主）は、会社に対する請求をせず、直ちに代表訴訟を提起することができる¹⁹⁷とされている（商法二六七条三項）ほか、いったん会社に対する請求をしても、会社が自ら訴訟を提起する意思のないことが明確な場合には、株主は三〇日の経過を待たないで代表訴訟を提起しうると解されている¹⁹⁷。

商法は、また、会社荒らしのような不正の目的による訴訟の濫用を防止し、被告取締役が原告株主に対して有することのあるべき損害賠償請求権を担保するために、株主が代表訴訟を提起した場合に、被告取締役が、その代表訴訟の提起が原告株主の悪意に出たものであることを疎明したときは、裁判所は相当の担保の提供を原告株主に命じることができると定め（商法二六七条五項・六項・一〇六条二項）、また、原告と被告取締役の馴合訴訟の弊害を防止するために、株主または会社に、訴訟参加と再審の訴えを認めている。訴訟参加については、不当に訴訟を遅延せしめたり、裁判所の負担を著しく大きくしない限り他の株主または会社は取締役の責任を追及する訴訟に参加することができる¹⁹⁸とし（商法二六八条二項）、再審の訴えについては、取締役の責任を追及する訴えの提起があった場合において、原告と被告取締役の共謀により訴訟の目的たる会社の権利を詐害する目的で判決をなさしめたときは、会社または株主は、確定の終局判決に対し再審の訴えをもって不服を申し立てることができる¹⁹⁸と定めている（商法二六八条ノ三第一項）。

また、代表訴訟の費用などの問題についても、商法は、代表訴訟を提起した原告株主が勝訴した場合において、その訴訟を行うのに必要と認めべき費用で訴訟費用でないものを支出したとき、または弁護士に報酬を支払うべきときは、その株主は、会社に対しその費用の額の範囲内またはその報酬額の範囲内で相当な額の支払いを請求すること

ができるとし(商法二六八条ノ二第二項)、また、その原告株主が敗訴した場合には、上述の費用の請求ができないばかりか、訴訟費用を負担しなければならず、悪意のあった場合に限り、会社に対し損害賠償の責任を負うことになると定めている(商法二六八条ノ二第二項)⁹⁹⁾。さらに、敗訴株主は、勝訴した被告取締役に対し、場合により不法行為の一般原則によって損害賠償責任を負わなければならないこともある。

なお、平成五年の商法改正までは、商法には代表訴訟の訴額についての規定がなく、この訴額についての見解も、勝訴判決により会社が受ける利益の額(請求金額)が訴額であるとする見解と、勝訴判決により原告を含む全株主が受ける利益の額(算定の困難な額)が訴額であるとする見解とに分かれていた。平成五年改正は、代表訴訟の取締役に対する監督是正の機能を重視して代表訴訟の提起の容易化を図るため、後者の見解、すなわち全株主が受ける利益の額が代表訴訟の訴額であるという見解を取り、代表訴訟は、訴訟の目的の価額(訴額)の算定については財産権上の請求でない請求に係る訴えとみなすという明文の規定を設けた(商法二六七条四項)。これにより、代表訴訟の訴額は九五万円とみなされ、その結果、代表訴訟の手数料は請求金額のいかにかわらず、一律に八、二〇〇円となつた²⁰⁰⁾。

次に、ここで、株主が会社のためにする取締役の違法行為の差止めについて見ておくことにする。商法は、取締役が会社の目的の範囲内でない行為その他法令または定款に違反する行為をなし、会社に回復すべからざる損害を生じ、おそれのある場合には、六カ月前より引き続き株式を有する株主は、会社のために取締役に対してその行為を差し止めることを請求することができるとしている(商法二七二条)。

同規定に対する解釈により、以下のことが明らかにされている。株主の違法行為差止権の対象となるのは、取締役の法令・定款に違反する個々の行為であるが、これは、商法二一〇条に違反する自己株式の取得や、二八〇条ノ二第

一項または二九六条に違反する新株または社債の発行などのような具体的な法令・定款の規定に違反する行為ばかりでなく、取締役の善管注意義務や忠実義務を定める一般的な規定に違反する行為も含まれる。したがって、取締役の任務を怠る行為はすべて法令・定款に違反する行為となる。²⁰⁾ 法令・定款に違反する行為であれば、それが有効な行為であると、無効な行為であると問わず、違法行為差止権の対象となる。ただし、それが有効な行為であれば、その法律行為自体を差し止めることに意味があり、それが無効な行為であれば、少なくともそれに基づく履行行為を差し止めることに意味があるからである。

違法行為を差し止める方法として、株主は、裁判外で違法行為をなそうとする取締役に対してその行為を止めるように請求することができる。株主のかような請求があっても、取締役がその違法行為を中止しないこともありうるから、株主はその取締役を被告として会社のために差止の訴えを提起し、仮処分をもってその行為を差し止めることもできる。ただし、違法行為差止めの訴えにおける訴訟管轄、訴訟参加、勝訴または敗訴の場合の株主の権利および責任などについて、代表訴訟の場合のような明文の規定が置かれていないため、不明確な点があるが、一般に、差止めの訴えもその性質上、株主の代表訴訟の一種と見ることもできるから、多くの点で代表訴訟の規定を類推適用すべきであると解されている。²⁰⁾

株主の違法行為差止権の法制度について最も議論されているのは、違法行為差止権行使の効果の問題である。換言すれば、取締役が株主の違法行為差止めを無視して法令・定款に違反する行為をなした場合の取締役の責任とその違法行為の効力がどうなるという問題である。しかし、法令・定款に違反する行為をなした取締役が会社に対して任務懈怠による損害賠償の責任を負うことも、また、取締役の法令・定款に違反する行為が有効であるかまたは無効であるかを判断することも、株主の違法差止権の行使の有無により影響されるものではないため、株主の違法行為差止権

の行使は、それを無視した取締役の責任にも取締役の違法行為の効力にも影響を及ぼすことなく、したがって、株主の違法行為差止権の行使の実効性がきわめて少ないことを認めざるをえないとされ、²⁰³ またその実行性を確保するために仮処分違反そのものを処罰するような立法が必要であるという提案もされている。²⁰⁴

(ロ) 取締役の第三者に対する責任

日本の商法は、以上に見たように、取締役の会社に対する厳格な責任を定めているのみならず、取締役の第三者に対する責任についても明確な規定によりそれを定めている。

商法における取締役の第三者に対する責任の規定は、以下のような変遷を経て、今日に至っているのである。

明治三二年の商法は、取締役が法令または定款に違反する行為をなしたときは、株主総会の決議によった場合でも第三者に対して損害賠償の責任を負わなければならないが、当該取締役がその行為に対し総会で異議を述べかつ監査役にその旨を通知した場合には、その責任を負わないものとする規定を設けていたが、明治四四年の商法改正において、かような取締役の責任の免除を認めないものとされ、しかも取締役は第三者に対し連帯してその責任を負うことが定められたのである(昭和一三年改正前商法一七七条二項、昭和二五年改正前商法二六六条二項)。

かような取締役の第三者に対する責任に関する規定は、その後、昭和二五年の商法改正まで続いたが、同改正は、従来の規定を改め、取締役がその職務を行うにつき悪意または重大な過失があった場合に第三者に対して損害賠償の責任を負うものとしたのみならず、株式申込証などの重要事項についての虚偽記載および虚偽の登記・公告の責任と、第三者に対する責任を負う取締役の範囲を確定するための規定の準用を追加した。特に取締役の第三者に対して負う責任の要件を「職務を行うにつき悪意または重大な過失があったとき」に改められたことについては、これは、取締役の責任原因の範囲を広く、その主観的要件を狭くするためのものであると解される。他方、株式申込証などの虚偽

記載および虚偽の登記・公告の責任の主観的要件についての規定がなかったため、一般に、取締役の無過失責任を認めたものであると解されていたが、昭和五六年の商法改正により、取締役の第三者に対する株式申込証などの虚偽記載および虚偽登記・公告の責任について、取締役がその記載および登記・公告をなすについて注意を怠らなかったことを証明したときはその責任を負わないという旨の規定が設けられ、取締役のこの責任が過失責任であることが明かにされたのである。²⁰⁵

以上のような変遷を経て今日に至っている現行商法は、取締役の第三者に対する責任について、取締役がその職務を行うにつき悪意または重大な過失があったときは、その取締役は、第三者に対してもまた連帯して損害賠償の責めに任ずべきものとする（商法二六六条ノ三第一項）とともに、取締役が株式申込証などに記載する重要な事項につき虚偽の記載をなし、または虚偽の登記もしくは公告をなしたときもまた同様であるが、取締役がその記載、登記または公告をなすにつき注意を怠らなかったことを証明したときはこの限りでないと定めている（商法二六六条ノ三第二項）。また、かかる責任を負う取締役の範囲の確定について取締役の会社に対する責任に関する同様の規定、すなわち責任原因たる行為が取締役会の決議に基づいてなされたとき、その決議に賛成した取締役もその行為をなしたものとみなされ、またその決議に参加しながら議事録に異議を止めなかった取締役はその決議に賛成したものと推定されるという規定の準用が明確に定められている（商法二六六ノ三第三項・二六六条二項・三項）。

しかしながら、商法において認められている以上の取締役の第三者に対する責任、とりわけ二六六条ノ三第一項に規定されている責任、すなわち取締役がその職務を行うにつき悪意または重過失があったときに第三者に対して負う損害賠償責任について種々の説が唱えられ、学説上の混沌状態がいまだに続いているのである。かかる責任を定める規定は、第三者の利益を保護するとともに取締役の責任を強化するところにその基本的な視点が置かれているのか、

または取締役の責任の軽減を図るためのものかについても争いがあり、かかる責任をめぐる主要な争点は、①この責任の性質は、特別の法定責任か不法行為責任か、②この責任と一般の不法行為責任の競合は認められるか否か、③取締役が負担すべき損害は、取締役の行為によって被害者が直接被った損害、いわゆる直接損害か、取締役の行為によって会社が損害を受け、その結果、第三者が間接的に受けた損害、いわゆる間接損害か、あるいはそのいずれをも含むか、④悪意・重過失は会社に対する任務懈怠について必要か第三者に対する加害について必要か、⑤第三者は会社債権者に限られるか株主も含むか、などの問題に集中している。

これらの問題について、多数説は、二六六条ノ三第一項の責任の性質を第三者の保護を強化するための特別の法定責任と解し、この責任と一般不法行為責任との競合を認め、その範囲を直接損害と間接損害の双方について認め、悪意・重過失は会社に対する任務懈怠について必要であるとし、第三者は会社債権者も株主も含むと解する。これと対立する説は、この責任の性質を特別の不法行為責任と解し、この責任と一般不法行為責任との競合を認めず、この責任を直接損害に限って認め、悪意・重過失は第三者に対する加害について必要であるとし、第三者は株主も含むと解するとともに、軽過失の場合における取締役の責任の免除を強調している。昭和四四年一月二六日の最高裁判所大法廷の判決は、多数説に従って、①この責任は特別の法定責任であること、②悪意・重過失は任務懈怠について必要であること、③任務懈怠行為と相当因果関係がある限り、直接損害と間接損害の双方についてその責任が認められること、④この責任と一般不法行為責任の競合が認められることなどを明かにした。²⁰⁶

以上のような学説の対立・混沌状態と関係なく、現実においては、商法における取締役の第三者に対する責任に関する規定は、資本金の弱い中小株式会社の債権者が会社の倒産などにより会社からその債権を回収しえないときに利用されている。債権者は、法人格否認の法理を用いて株主個人の責任を追及することもできるが、これはかならずし

も容易でないため、多くの場合において、同規定により取締役（同時に株主でもあることが多い）の責任を追及する。したがって、同規定は、実際において法人格否認の法理のいわば代替的機能を営んでいるほか、判例により、第三者に対する責任原因たる行為をなした取締役のみならず、いわゆる名目上の取締役や登記簿上のみの取締役にも同様な責任を負わせて、同規定の機能を拡大する傾向が示されている。²⁰⁷

(3) まとめ

日本の商法は、株式会社の取締役の一般的義務として、取締役と会社との間の委任関係から取締役の善管注意義務を定め、また取締役がその特別の地位を利用し会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益を図ることを防止するために取締役の忠実義務を定めている。このほか、取締役の一般的義務として多くの関連規定から取締役の監視義務が認められている。取締役の特別義務として、商法には、取締役の競業禁止義務と取締役会社間の取引・間接取引に関する規制が定められているほか、取締役の資本充実義務として会社の設立段階における株式の引受・払込担保責任および財産価格填補責任と、新株発行の段階における株式の引受担保責任および財産価格填補責任が規定されている。

また、取締役の責任については、取締役の会社に対する責任として、まず取締役が法令または定款に違反して会社に損害を与えたときは、会社に対し連帯して損害賠償責任を負わなければならないという取締役の一般的責任が規定されているが、それだけでは不十分であるため、法は、取締役の地位に即して特別の規定（商法二六六条一項）を設け、取締役の、違法な利益配当および違法な中間配当に対する弁済責任、違法な財産上の利益供与に対する弁済責任、他の取締役への違法な金銭の貸付けに対する弁済責任、取締役会社間の取引について会社が被った損害に対する賠償責任などを定めている。かような一般的責任と特別責任を負う取締役の範囲については、これらの責任原因に該当する行為をなし取締役はもとより、その行為が取締役会の決議に基づいて行われた場合には、その決議に賛成した取締

役のほか、取締役会に出席しながら議事録に異議を止めなかった取締役も同様な責任を負うことになると定められている。

法は、また、第三者の保護と、その権限がますます拡大されつつある取締役の責任の強化という視点から、取締役の第三者に対する責任を厳格に定めており、現実においても取締役の第三者に対する責任の規定はきわめて重要な機能を果たしている。

以下においては、日本法におけるかような取締役の義務・責任の法規制を念頭に置いて中国法における取締役などの義務・責任体制を検討してみよう。

三 中国法における取締役・經理の義務および責任

総じて言えば、取締役などと会社との間の法的関係の不明確と、ほとんどの場合において經理も、取締役と同様な義務と責任を負うことになっていることが、中国法における取締役などの義務・責任体制における最も顕著な特徴であり、最大の問題点でもあると言えよう。

(1) 取締役・經理の義務

(イ) 改革開放以来の会社立法の第一段階をなしたとも言うべき外資系企業立法のうち、全国的立法として最も典型的な立法である中外合弁企業法²⁰⁸においては、取締役の義務・責任に関する規定がなく、会社の總經理・副總經理について、總經理または副總經理は、その他の経済組織の總經理または副總經理を兼任してはならず、自企業と商業競争関係にあるその他の経済組織に参与してはならないと、一種の經理の競業禁止義務が定められている(合弁条例四〇条四項²⁰⁹)。同じ条文において、取締役会の招聘に基づいて、董事長、副董事長および取締役は、合弁企業の總經理、

副総経理その他の高級管理職を兼任しうると定めている（合併条例四〇条二項）ため、取締役は総経理・副総経理などを兼任する場合に限って競業避止義務を負うと言ふべきであろう。

また、合併企業の総経理・副総経理その他の高級管理者に不正行為（私利を図り、詐欺を行ったりする行為を指す）または重大な職務懈怠があった場合には、取締役会の決議により随時解任することができると定めている（合併条例四一条）だけで、会社はもとより、第三者に対する責任などについて何らの規定も置かれていない。そればかりか、総経理・副総経理などの競業避止義務違反の場合の責任に関する規定の欠如も立法上に残された問題の一つであると²¹⁰言われている。

前に述べたように、全国的な外資系企業立法においては、中外合併企業以外の中外合作企業と全額外資企業の法人格および企業の組織形態に関する規定は、強行規定ではなく、任意規定であり、企業の法人および組織形態などの重要な問題に関する規定は不明確であるという問題が残されている。かような全国的な立法と異なり、中外合併会社、中外合作会社、外資会社および中外株式会社の四種類の会社を規制対象とし、そのいずれも有限責任形態を取り、中国法人格を有するものであると規定した広東涉外条例²¹¹は、まず涉外会社の機関構造について、外資会社（全額外資による会社）の機関は会社の定款によりそれを定めるものとするが、外資会社の法定代表者は、かならず外資会社を代表して業務執行を行う責任者でなければならぬと定めただけである（同涉外条例二三条）。

しかし、中外合併会社と中外合作会社については、三名の取締役から構成される取締役会をその最高意思決定機関（原語は「最高権力機構」とし、特区側から派遣されたまたは市クラスの政府の許可を得て特区側と外資側が交替で派遣される董事長は会社の法定代表者であり（同涉外条例一五条）、会社に日常経営管理の活動を統括する経営管理機関を設け、取締役会により選任・解任される一名の総経理と若干名の副総経理がそれにあたると規定している（同涉

外条例一九条・二一条参照)。中外株式会社については、株主総会を会社の最高意思決定機関とし、取締役会を会社の業務執行に関する意思決定および業務執行の機関とするともに(同涉外条例五五条等)、取締役会または協議によって選任される董事長は会社の法定代表者であり、会社の具体的な業務執行機関として、中外合弁会社と中外合作会社の経営管理機関に関する規定の適用により会社の日常の経営管理活動を統括する経営管理機関を設け、取締役会によって選任・解任される一名の総経理と若干名の副総経理がそれにあたると定めている(同涉外条例六七条・一九条―二一条)。

同涉外条例は、取締役・経理の義務について、前述の全国的な外資系企業立法と同様な義務しか定めていない。すなわち、同条例によれば、会社の総経理・副総経理は、かならず会社の常勤職員でなければならず、かつその他の経済組織の総経理・副総経理を兼任してはならないほか、自分の会社とその他の経済組織の競争に参与してはならないという経理の競業禁止義務のみが定められていると同時に、取締役会の招聘に基づいて董事長・副董事長および取締役が総経理・副総経理を兼任することができると規定されているため、取締役は、経理を兼任する場合に限って競業禁止義務を負うことになる(同涉外条例二一条二項・三項・六七条)。そればかりでなく、全国的な外資系企業立法と同様に、経理および経理兼任の取締役の競業禁止義務違反に関する規定も欠如している。

(四) 一九八〇年代の後半に既存企業の株式制による改組を規制するために制定・公布された株式制企業に関する法規、すなわち、深圳国有企業株式化規定、上海株式弁法および福建株式規定では、そのいずれにおいても取締役・経理の責任に関する規定が若干定められているが、取締役・経理の義務に関する規定は一つも定められていないのである。たとえば、深圳国有企業株式化規定は、取締役・経理の義務および責任について取締役、総経理・副総経理は、その不正行為または職務懈怠により会社に損害を与えたときは損害賠償の責任を負うものとし、また総経理・副総経

理が不適任である場合は、取締役会の決議により隨時解任することができると定めているだけである（同規定三五条）。福建株式規定と上海株式弁法では、民法通則に定められている企業の法定代表者の行政責任および刑事責任²¹²の規定を念頭に、株式制企業の取締役・經理（總經理・副總經理）が法律・法規に違反して株式の売買、債務・税金逃れ、資金隠匿、金融市場攪乱などの行為をなしたときは、国家関係部門により経済または行政処罰を受けることになる²¹³と定めている（福建株式規定四九条、上海株式弁法三一条、民法通則四九条参照）だけであり、取締役・經理の義務について何らの規定も定められていない。

（イ）改革開放以来、初めてある程度明確な法規定をもって取締役・經理の義務を定めるようになったのは、一九九二年以後の会社立法においてである。一九九二年に公布された深圳株式規定、上海株式規定、株式規範および海南株式条例などにおいては、それぞれの表現には若干の相違はあるが、取締役・經理の共通の義務として、取締役・經理は、自己の会社と競争のある活動、または会社の利益を害する活動を行ってはならないと、いわば一種の競業禁止義務が定められている（深圳株式規定二二一条、上海株式規定七四条・八八条、株式規範六二条後段、海南株式条例一三三條後段²¹³）。また、深圳株式規定、株式規範および海南株式条例においては、取締役・經理の有する自社株式の譲渡および所有情報の開示に関する規制が定められている（深川株式規定一二五条、株式規範三〇条六号、海南株式条例一一四条）。

深圳株式規定によれば、取締役・經理は、その就任の日から二年内に、その有する会社の株式を譲渡してはならず、二年後の在任中の株式の譲渡については、取締役会の承認を要するものとし、かつ譲渡できる株式の額はその有する株式の半数を超えてはならず、また公開募集による会社の取締役・經理がその有する株式を譲渡する場合は、さらにそれを人民銀行に届け出なければならぬと定められている（深株式規定一二五条）。株式規範では、譲渡禁止の期

間は三年以内となっており、公募会社の取締役・經理の株式の譲渡の届け出の送付先に人民銀行のほかに、国または省、自治区、直轄市（日本の都道府県に当る地方政府である）の体制改革委員会を加えている（株式規範三〇条六号）。これに対し、海南株式条例では、株式を公開発行している会社の取締役・經理が就任後、自社の株式を有している場合には、その数額を証券管理機関に申告しかつそれを公告することを要し、在任中における所有株式の数額の変化（増加または減少）についても同様であると定めたうえ、株式を公開発行している会社の取締役・經理は内部の情報を利用し、自己または他人の利益のために会社の株式の取引を行ってはならないと定めて、いわゆる内部者取引を厳格に規制している（海南株式条例一一四条）。

以上のほか、株式規範と海南株式条例では、取締役・經理は、会社に対して「誠信」および「勤勉」の義務を負うものと定められている（株式規範六二条前段、海南株式条例一一三条前段）。

また、經理のみの義務として深圳株式規定、株式規範および海南株式条例は、經理は、その職務執行に際して株主総会・取締役会の決議に違反し、または権限の範囲を超越してはならないと定めている（深圳株式規定一二〇条、株式規範六〇条二項、海南株式条例一二条）²¹⁴。かりに総会および取締役会の決議違反も一種の権限超越であると解するならば、これは、經理の権限超越禁止を定めたものであると解すべきであろう。また、海南株式条例では、經理は、取締役会の承認があるときを除き、その他の営利的組織の經理を兼任してはならないものとされている（同条例一一〇条二項）。

この時期の会社法規には、經理の株主総会・取締役会の決議違反および権限超越禁止が定められている（深圳株式規定一二〇条、上海株式規定八七条、株式規範六〇条二項、海南株式条例一二条参照）が、經理の総会・取締役会の決議違反は、その職務懈怠または忠実義務違反の一例にすぎず、権限超越は、一種の法令違反にすぎないため、取

締役・經理の一般的義務を明確に定めておけば、実際にきわめて把握しがたいこの經理の總會・取締役会の決議違反および権限踰越の禁止を特別の規定をもって定める必要もないのではないかと思われる。したがって、統一会社法を含めて一九九三年以後の会社法規においては、經理の總會・取締役会の決議違反および権限踰越の禁止に関する規定が排除されたのである。

以上に見てきたように、一九九二年に制定・公布された会社法規では、そのいずれにおいても、外資系企業立法と同様な取締役・經理の競業禁止義務（厳密に言えば、中国法の多くに定められているのは、競業禁止義務より競業禁止であるが、用語を統一するため、以下において、競業禁止義務という）が定められている。また、一部の法規では、外資系企業法規にはなかった取締役・經理の有する自社の株式の譲渡およびその情報開示に関する規制が定められており、取締役・經理の一般的義務として、取締役・經理の誠信勤勉義務が定められている。このほか、經理のみの義務として、總會・取締役会の決議違反および権限踰越の禁止と、その他の営利組織の經理の兼任禁止義務が規定されている。最も重要なのは、前に述べたように、外資系企業立法においては、取締役・經理または經理に競業禁止義務が課されているが、同義務違反の場合の措置にはまったく触れていないという問題が残されているが、後に見るように、一九九二年の会社立法においては、上述の義務を定めただけでなく、これらの義務に違反する場合の取締役・經理の責任もある程度明確に定められていることである。

(二) 上述の一九九二年の会社立法の基礎の上に、制定されたとも言うべき深圳株式条例、広東条例および統一会社法においても、もとより取締役・經理と会社との間の法的関係に関する規定が定められておらず、それゆえ取締役・經理に課した義務およびその責任がいかなる法理に基づくものであるかがかならずしも明確ではないという問題は、依然として残されている。しかし、これらの法規においては、外資系企業立法や一九八〇年代後半の会社立法はもと

より、一九九二年の会社立法よりも、取締役・經理の会社における特別の地位に即した多くの合理的な義務およびその義務違反の場合の責任が明確に定められている。

深圳株式条例と広東条例では、取締役・經理の義務について、一個の条文をもって以下のように列挙している。すなわち、株式会社の取締役・經理（広東条例は、有限会社と株式会社の双方について規定している）は、①会社の定款、総会および取締役会の決議を遵守する義務、②その他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員になつてはならない義務、③株主総会の決議がある場合を除き、自己または他人のために会社と同種の営業をしてはならない義務、④自己のためまたは他人を代表して会社と取引、貸借をなし、かつ会社の利益と相反する行為をなしてはならない義務、を負うものとする定められている（深圳株式条例九四条二項・一一三条、広東条例一二一条・三七条）。

これは、明確に取締役・經理の会社の定款遵守および総会・取締役会の決議の忠実な執行義務、その他の組織の無限責任社員または組合の組合員との兼任禁止、競業禁止義務、取締役・經理会社間の取引・間接取引の禁止を定めたものである。そればかりでなく、深圳株式条例と広東条例のいずれも、これらの義務違反の取締役・經理の責任について、取締役・經理がこれらの義務に違反して得た利益につき、会社は介入権を行使すること、すなわち、株主総会はその利益を会社の所有に帰属させることができると定めており、取締役・經理の義務違反が会社に損害を与えた場合は、その取締役・經理は会社に対して損害賠償の責任を負わなければならないと定めている（深圳株式条例九四条二項、広東条例一二一条・三七条二項）。

このほか、深圳株式条例は、会社はその他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員になつてはならず、原則として、会社がその他の企業法人に投資する場合に、その投資額は会社の純資産の半数を超えてはならず、また会社は株主またはその他の人に金銭の貸付けをなしたり、株主または他人に担保を提供してはならないとし、会社がこれ

らの禁止規定に違反した場合には、会社の法定代表者（董事長）およびその直接責任者（その行為をなした取締役や経理・副経理等を指す）は、行政罰として過料を課されるほか、当該行為によって会社が損害を受けたときは、その法定代表者および直接責任者は会社に対して損害賠償の責任を負うべきであると規定している（同条例九条―十一条参照）。これは、おそらく会社の資本充実の要請から定められた取締役・経理の会社の資本充実の義務および責任であるに違いないであろう。ただし、一個の条文によって取締役・経理に対して深圳株式条例と同様な義務・責任を定めた広東条例には、同趣旨の規定が置かれていない。

統一会社法は、会社の取締役・経理が、会社の業務執行の意思決定に参与し、業務執行そのものを直接担当し、会社の内部情報を最も良く知る立場にあり、したがって、会社の利益を犠牲にして自己的利益を図る危険があるため、かような危険から会社、株主および会社債権者の利益を守るために、多くの特別規定をもって取締役・経理の義務およびその義務に違反する場合の責任を明確に定めている。

統一会社法は、取締役・経理の一般的義務として、取締役・経理は、会社の定款の規定を遵守し、忠実にその職務を遂行し、会社の利益を保護しなければならない、また会社における地位および権限を利用して自己のために個人的利益を図ってはならない、と定めている（会社法一二三条一項・五九条一項。監査役にも同様な義務が定められている）。また、取締役・経理の特別義務として、有限会社と株式会社双方について、①取締役・経理は職権を利用して賄賂その他の不法な収入を受けてはならず、会社の財産を侵奪してはならないこと（会社法一二三条二項・五九条二項。この義務は同時に監査役にも課されている）、②取締役・経理は、会社の資金を流用し、または会社の資金を他人に貸付けてはならないこと（会社法一二三条二項・六〇条一項）、③取締役・経理は、その個人または他人の名で口座を開設し、会社の資産を預け入れてはならないこと（会社法一二三条二項・六〇条二項）、④取締役・経理は、当該

会社の株主その他の個人の債務のため、会社の資産を担保として提供してはならないこと（会社法一二三条二項・六〇条三項）、⑤取締役・経理は、会社と同種の営業を自ら営み、もしくは他人のために営んではならず、または会社の利益を害する活動をしてはならないこと（会社法一二三条二項・六一条一項）、⑥取締役・経理は、会社の定款の規定または株主総会・社員総会の承認のある場合を除き、会社と契約を締結し、または取引をなしてはならないこと（会社法一二三条二項・六一条二項）、⑦取締役・経理は、法律に定める場合、または株主総会・社員総会の承認のある場合を除き、会社の秘密を漏らしてはならないこと（会社法一二三条二項・六二条、監査役にも同様な義務が課されている）、が定められている。規定からも明らかであるように、①ないし④は、取締役・経理の会社財産（主要なのは会社の資金である）の維持および充実義務を定めたものであり、⑤は、取締役・経理の競業禁止義務を、⑥は、取締役・経理会社間の取引禁止義務を、⑦は、取締役・経理の守秘義務をそれぞれ定めたものである。

また、深圳株式条例と広東条例にも、また統一会社法にも、一九九二年の会社立法におけると同様に、取締役・経理の有する自社の株式の所有情報の開示およびその譲渡に関する規制が定められている。深圳株式条例と広東条例においては、取締役・経理（監査役も同様）などの高級管理者が有償割当により会社の株式を有する場合は、その就任の日から三年内にそれを譲渡してはならず、また、三年後在任中において譲渡できる株式の額はその有する株式の半数を超えてはならず、かつ株主総会の承認を要すると定められている（深圳株式条例五二条四号、広東条例八八条四号）のに対し、統一会社法では、取締役・経理（監査役も同様）は、その有する自社の株式について、会社にそれを申告しなければならない、しかも在任中においてそれを譲渡してはならないと定めている（会社法一四七条二項）。しかし、いずれも、この規制に違反した取締役・経理の責任について、何らの規定も設けられていないのが問題の一つであると言わざるをえないであろう。

以上において、主に改革開放以来の会社立法における取締役・經理の義務に関する法整備の流れを概観してきた。これを要約すると、外資系企業立法においては、經理のみに対してその他の経済組織の經理の兼任禁止も含めた競業避止義務だけが定められているばかりでなく、その義務違反の經理の責任も、必ずしも明確にされているとは言えない。これに対し、一九九二年に展開された会社立法においては、取締役・經理の一般的義務としてその誠信勤勉義務が定められているほか、取締役・經理の競業避止義務、その有する株式の情報開示義務およびその譲渡の規制、そして經理のみの義務として、総会・取締役会の決議違反および権限踰越の禁止なども定められている。それぞれの法規には、表現の相違はあるが、これらの義務違反をなした取締役・經理の会社に対する損害賠償責任も明確にされている。

一九九三年に入ってからのも会社立法においては、上述したように、深圳株式条例と広東条例では、明文の規定により、取締役・經理の、会社の定款の遵守義務および総会・取締役会の決議の忠実な執行義務、その他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員との兼任禁止、競業避止義務、自己取引避止義務などが例示されており、統一会社法では、取締役・經理が会社の定款を遵守し、忠実にその職務を履行して会社の利益を保護しなければならないという一般的義務のほか、取締役・經理の特別の地位に即して、広範な会社の資産維持および充実義務、競業避止義務、自己取引避止義務および守秘義務などが定められている。また、後に見るように、一九九三年の会社立法のいずれも、義務に違反した場合の責任として、取締役・經理の会社に対する損害賠償責任を明確に定めている。

(2) 取締役・經理の責任

(イ) 外資系企業立法

改革開放以来の会社立法における取締役・經理の責任については、前述の全国的な外資系企業立法では、經理（総

経理・副総経理)の競業避止義務と、不正行為または重大な職務懈怠のあった経理は取締役会の決議により随時解任されることが定められているだけで、取締役の義務と責任、および競業避止義務に違反し、または不正行為もしくは重大な職務懈怠のあった経理の責任などについて、何らの規定も設けられていないため、取締役・経理の義務・責任に関する法整備は、きわめて不完全なものであると言わざるをえないであろう。

かような全国的な立法と若干異なり、広東涉外条例においては、中外合弁会社と中外合作会社の取締役・経理の責任について、取締役は、不正行為または職務懈怠があり、それにより会社に損害を与えたときは、会社に対して法律責任を負うものとされ、また、総経理・副総経理は、不正行為または重大な職務懈怠があったときは取締役会により随時解任されうるほか、同様な行為によって会社に損害を与えたときは、会社に対して法律責任を負わなければならないと定められている(同条例二二条)。これに対し中外株式会社の取締役・経理の責任については、上のような区別がされず、同一条文により、取締役・経理は、不正行為または職務懈怠があったときは解任されるのみならず、会社が損害を受けたときは、会社に対して法律責任を負わなければならないとされている(同条例六八条)。

条文上から見れば、合弁会社と合作会社の取締役のいわゆる法律責任の要件の一つともいうべき職務懈怠には「重大な」という限定文言が付けられていないのに対し、その経理の法律責任の要件が「重大な職務懈怠」となっているため、合弁会社と合作会社の取締役にやや厳格な責任が定められていると言えよう。しかし、合弁会社と合作会社の経理の不正行為または重大な職務懈怠が同時に当該経理の解任事由にもなっているのに対し、取締役の不正行為または職務懈怠はその取締役の解任事由となっていない(同条例二二条)。これはおそらく全国的な外資系企業立法と同様に、本条例における合弁会社と合作会社の取締役も、株主総会の選任によるものではなく、特別区側と外資側の事前の協議により決められたそれぞれの派遣員数に基づいてそれぞれが派遣するという法規制(同条例一五条)に関連

するものであろう。したがって、全国立法に関して、合併企業の一方の出資者が任命した取締役が不正行為があり、またはその者が不適格であることが明らかになった場合に、他方の出資者はその取締役を解任できるかが問題であると指摘されている。²¹⁶ 同様な問題は広東渉外条例にもそのまま残されていると言えるであろう。

しかし、広東渉外条例は、中外株式会社については、取締役と經理の区別をせず、いずれも、その不正行為または職務懈怠により解任されうるとしている（同条例六八条）。これは、株式会社の取締役は、合併会社と合作会社のそれと異なり、株主総会によって選任・解任されることを定めた規定と関連するものと思われる。また、合併会社と合作会社の經理と比べれば、株式会社の經理の法律責任の要件たる職務懈怠に「重大な」という限定文言が付けられていない。これは、ほかでもなく經理の責任の強化を図ったものと考えらるべきであろう。

最も問題になるのは、広東渉外条例における取締役・經理の「法律責任」とは取締役・經理のいかなる責任を意味するものかということである。言うまでもなく、「法律責任」とは民事責任、行政責任および刑事責任のことを指すものであるが、同条例は、取締役・經理の民事責任については、全国立法と同様に、何らの規定も置いていない。また、その行政責任と刑事責任については、①経営範囲を越えて不法な経営を行った場合、②登記機関や税務機関に事実を隠蔽し、虚偽を弄した場合、③債務弁済を逃れるために会社の資金を引き出し、財産を隠匿した場合、④会社が解散・取消し、破産の宣告を受けた後、無断に財産を処分した場合、⑤法定事項の変更・営業終了後、直ちに登記および公告を行わずして利害関係者に重大な損害を与えた場合、⑥法律に禁止されたその他の活動に従事し、国家の利益または社会の公共利益を損なった場合には、当該渉外会社が責任を負うほか、会社の法定代表者と直接責任者に²¹⁷罰金を科し、罪を構成するときは法により刑事責任を追及することができる、と定められている（同条例一五二条）。これは、民法通則が定めた企業法人およびその法定代表者に関する罰則の規定をそのまま引いたものにすぎず（同通

則四九条参照)、しかも、罰金の具体的な金額が定められていないのみならず、犯罪を犯した場合に、その刑事責任が追及されるという原則が規定されただけで、いかなる法規がその根拠法となるかきわめて不明確である。したがって、この広東涉外条例における取締役・經理の義務・責任体制は、結局、それほど全国的な外資系企業立法と異なるものではなく、法制度としてきわめて不十分であると言わなければならない。

改革開放以来、取締役・經理の特別の地位に即しながら、その義務および責任をある程度明確に定めたのは、やはり一九九二年以後の会社立法である。一九九二年以後の会社立法は、前述したような取締役・經理の義務を定めたほか、義務違反の場合の取締役・經理の責任として損害賠償責任を中心とする民事責任や、行政処分と罰金を中心とする行政責任、犯罪を犯した場合の法による刑事責任という従来の原則を明らかにしたのみならず、刑法の補充規定たる会社法違反の犯罪を懲罰することに²¹⁸関する規定を制定して、取締役・經理の処罰される行為の明確化により刑事責任を明確に規定しているからである。

以下において一九九二年以後の会社立法を中心に取締役・經理の民事責任(以下、責任という)について検討することにする。

(四) 一九九二年の会社立法

前述したように、一九九二年の会社立法においては、取締役・經理の一般的義務として取締役・經理の誠信勤勉義務が定められてる(株式規範、海南株式条例)。取締役・經理の特別義務として、取締役・經理の競業避止義務、取締役・經理の有する自社株式の譲渡およびその所有情報の開示に関する規制が定められている(深圳株式規定、上海株式規定、株式規範、海南株式条例)²¹⁹。經理のみの義務として、その他の経済組織の經理兼任の禁止(海南株式条例)、株主総会・取締役の決議違反および権限踰越の禁止が定められている(深株式規定、上海株式規定、株式規範、海南

株式条例)。

しかし、これらの義務に違反する場合の取締役・經理の責任について、各法規の対応が相当に異なっている。最も整備されていないのが上海株式規定である。ただし、同規定は取締役・經理の競業禁止義務と經理の総会・取締役の決議違反および権限踰越の禁止のみを定めているだけで、これらの義務・禁止に違反する場合の取締役・經理の責任について何らの規定も設けていないからである。

その他の法規のうち、深圳株式規定と株式規範では、取締役・經理が競業禁止義務や、その所有する自社株式の譲渡およびその所有情報開示に関する規制に違反して会社に損害を与えたときは、会社に対して損害賠償責任を負わなければならないことが明確に定められている(深圳株式規定一七七条・一七九条・一八〇条二項、株式規範一〇八条・一一〇条・一一一条二項)ほか、株式規範は、取締役・經理は、会社に対し誠信勤勉義務を負い、これに違反して会社に損害を与えたときは、会社に対して損害賠償責任を負うものとしている(同規定一一〇条)。しかし、深圳株式規定と株式規範のいずれも、經理がその総会・取締役の決議違反および権限踰越の禁止に違反する場合に、いかなる責任を負うべきかについて、明確な規定を定めていない。

これに対し、海南株式条例は、經理は、その職務執行に際して法令・定款および株主総会・取締役会の決議に違反しまたは権限の範囲を踰越して会社に損害を与えたときは、会社に対して損害賠償の責任を負うものと定めているから、經理は、同条例に定める義務のいずれに違反しても会社に対して損害賠償の責任を負うことが明らかである。しかし、上述したように同条例は、經理とともに取締役に誠信勤勉義務と競業禁止義務(同条例一一三条)のほか、所有する自社株式の所有情報の開示義務と内部者取引の禁止を課している(同条例一一四条)が、これらの義務・禁止に違反した取締役の責任がどうなるかについて明確な規定を設けていない。しかし、同条例は、取締役がその職務執

行において悪意または重大な過失があり第三者に損害を与えたときは、会社と連帯して第三者に対し損害賠償の責めに任ずるといふ、第三者に対する賠償責任さえ定めているため、同条例に定める義務に違反する取締役が、会社に対して損害賠償責任を負うことが当然の前提とされていると解することもできないではないが、明確な法的根拠が欠如していることは否定できない事実であろう。

また、一九九二年の会社立法のうち、上海株式規定を除けば、その他の法規は、いずれも、罰則の章を設けて、多くの厳格な罰則を定めている（深圳株式規定一七四条―一八四条、株式規範一〇四条―一一四条、海南株式条例一五五条―一六一条）。共通する点は、いずれも、行政処分（行政処分と過料のこと）を中心とし、かつ刑罰による刑事責任の原則を定めているものの、刑罰行為自体を法定していないことである。異なる点は、深圳株式規定と株式規範においては、行政処分を受ける数多くの違法行為が規定されると同時に、かかる違法行為により会社が損害を受けた場合には、その直接の責任者は、会社に対し損害賠償責任を負うものとされ、かかる違法行為をなした取締役・經理を含む、広範なる直接責任者の賠償責任が定められている（深圳株式規定一八〇条、株式規範一一一条）。これに対し、海南株式条例における罰則は、刑罰による刑事責任の追及を言明するほか、会社およびその直接責任者の行政罰としての過料を科す行為に限定されている（同条例一五六条―一六〇条）。これは、日本法における罰則（商法四八六条―五〇〇条、商法特例法二八条―三〇条、有限会社法七七条―八六条等）が会社の責任者に刑罰を科す違法行為と行政罰としての過料に処される違法行為のみを定める体系に類似するものであり、「罰則」である以上、刑罰と行政罰に限定されるべきであろう。

深圳株式規定と株式規範の罰則により認められている直接責任者の損害賠償責任の原因行為として、きわめて広範なものが規定されている。そのうち、取締役・經理の責任が問われる可能性のある主要なものを挙げると、以下のと

おりである。

第一に、会社の登記機関により処罰され、会社が損害を受けたとき、その直接責任者が会社に対して損害賠償の責任を負う行為には、①登記の目的範囲を越えて業務をなし、または違法な経営活動を行った場合、②会社が他の営利を目的とする組織の無限責任者員となり、または他の営利を目的とする組織の有限責任者員となりその出資額が会社の登記資本の二分の一にあたる額を超えた場合、③資本の増加・減少の際、関係規定に違反して変更登記を行わない場合、④法定の期間内に株主総会を招集しない場合、⑤法定の手続によらないで定款を変更する場合、⑥会社が合併・分割・解散および清算を利用して資金を引き上げ、財産を隠匿し、債権および債務を隠匿したりして債務弁済逃れを図る場合、などが規定されている（深圳株式規定一七四条、株式規範一〇四条・一〇六条参照）。

第二に、財政局または税務局により処罰され、その直接責任者の会社に対する損害賠償責任が問われる行為として、①定款、株主名簿、貸借対照表・損益計算書・財務状況変動表などの書類を会社に備え付けず、またはそれらの書類に虚偽の記載がある場合、②関係部門に会計報告書を提出せず、一部の会計報告書を隠匿し、または会計帳簿に虚偽の記載をする場合、③違法な利息・利益の配当がなされる場合、④法に基づいて法定準備金の積立をしない場合、⑤法定準備金を法に違反して使用する場合、などが定められている（深川株式規定一七五条、株式規範一〇五条参照）。

第三に、人民銀行により処罰され、その直接責任者の会社に対する賠償責任が問われる行為として、①会社の発行済株式総数に占める発起人および会社の内部者などの持株割合が法規定に違反する場合（深圳株式規定三〇条・三一条・三七条五四条、株式規範八条・二四条三項等参照）、②許可を得ずに株式を発行し、または株式募集申込書・目論見書などの書類に虚偽の記載がある場合、③株式の発行価格が法に違反する場合、④法に違反して新株を発行する場合、⑤会社の株式総額の一〇〇分の一〇以上にあたる株式を取得する企業がそれを会社に通知しない場合、などが

規定されている(深圳株式規定一七六条、株式規範一〇七条)。

以上のほか、違法な株式の譲渡や、正当な理由なく会社が設立登記後、六カ月を超えても営業を開始せず、または営業開示後半年以上休業している場合などにも、行政機関により処罰されるほか、その直接責任者の会社に対する損害賠償責任が問われる違法行為として規定されている(深圳株式規定一七七条・一七八条、株式規範一〇八条・一〇九条)。

また、深圳株式規定と株式規範においては、取締役・經理の競業避止義務およびその所有する自社株式の譲渡と所有情報の開示に関する規制に違反する場合の会社に対する損害賠償の責任も、それぞれの義務を定めた条文においてではなく、この「罰則」の章において定められている(深圳株式規定一七七条・一七九条、株式規範一〇八条・一一〇条)。したがって、深圳株式規定と株式規範においては、取締役・經理の義務違反の責任も、上述のような特別の規定によって認められている責任も、すべて「罰則」の章において定められているのが特徴である。しかし、深圳株式規定と株式規範のいずれにおいても、經理の総会・取締役の決議違反および権限踰越の禁止は定められているが、經理がこれに違反して会社に損害を与えたときの責任についての規定は、明確に定められていない。また、株式規範には、取締役・經理の会社に対する誠信勤勉義務が認められているため、前述の取締役・經理が行政処罰を受けるとともに、会社に対して損害賠償責任を負うことは、かかる誠信勤勉義務の要請から導き出されたものであると解することができるのに対し、深圳株式規定には、取締役・經理の一般的義務としての誠信勤勉義務が定められていないため、取締役・經理が行政処罰を受けるとともに、会社に対して負う同様な損害賠償責任は、明確な法的根拠の欠いたものであると言わざるをえないであろう。

以上の取締役・經理の責任に関する規定と異なり、一九九二年の会社立法は、いずれも取締役会とその構成員たる

取締役との関係から、取締役会の決議が法令、定款または株主総会の決議に違反する場合の取締役の責任を定めている。すなわち、一九九二年の会社立法によれば、取締役会は、法令、定款および株主総会の決議を遵守し、その権限を行使しなければならず、取締役会の決議が法令、定款または株主総会の決議に違反して会社に損害を与えたときは、その決議に参加した取締役は会社に対して損害賠償の責任を負わなければならない。ただし、その決議に異議を表明し、かつそれを議事録に止めた取締役はその責任を免れることができる（深圳株式規定一一四条、上海株式規定七五条・七九条、株式規範五四条・五七条二項、海南株式条例一〇七条一項）。しかし、深圳株式規定と海南株式条例では、違法な取締役会の決議に参加した取締役の連帯賠償責任が定められている（深圳株式規定一一四条二項、海南株式条例一〇七条）のに対し、株式規範と上海株式規定では、かような取締役の連帯責任は規定されていない。また、株式規範と海南株式条例は、取締役会に出席せず、しかも代理人に委任して出席させなかった取締役は、取締役会の決議に異議を表明しなかったものみなされ、会社に対して損害賠償の責任を負うものと定めている（株式規範五七条二項、海南株式条例一〇六条二項）。

一九九二年の会社立法における取締役の取締役会の決議に関する責任の規定は、日本法上の会社に対する損害賠償責任を負う取締役の範囲確定のための規定（商法二六六条二項・三項）とは相違があるものの、取締役の責任原因たる行為が取締役会の決議に基づいて行われた場合に、いかなる取締役が会社に対して損害賠償責任を負うか、その範囲を確定する意味において、日本法の規定に類似するものであると言えよう。

（い） 深圳株式条例と広東条例

一九九二年の会社立法と比べ、一九九三年に制定された深圳株式条例と広東条例における取締役・經理の責任に関する規定は、一個の条文により取締役・經理の義務を明確に例示しているのみならず、かかる義務に違反して会社に

損害を与えた場合に、当該取締役・経理が会社に対して損害賠償の責任を負うものと定めているところにその特色があると言えよう。すなわち、前述したように、両条例は、まず取締役・経理の義務として、①会社の定款、株主総会および取締役会の決議の遵守義務、②その他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員との兼任の禁止、③競業避止義務、④自己取引の禁止を定めている。そして、これらの義務に違反する取締役・経理の責任などについて、取締役・経理がこれらの義務に違反して得た利益に関しては、会社は、株主総会の決議による介入権を行使してその利益を会社の所有に帰属させることができるほか、義務に違反して会社に損害をもたらした取締役・経理は、会社に対して損害賠償責任を負わなければならないと定めている（深圳株式条例九四条二項・三項、一一三条、広東条例二一条・三七条）。

また、深圳株式条例と広東条例においては、一九九二年の会社立法におけるような「罰則」の章は、設けられておらず、会社の法定代表者、直接責任者に対する罰則は、必要に応じて事項ごとに定められている。また、深圳株式条例においては、多くの場合において当事者の刑事責任の追及という従来の原則的な規定が定められているのみならず、行政罰としての過料に処される対象も多くの場合において、会社ではなく、会社の法定代表者および直接責任者となっている。このほか、行政罰に処される会社の法定代表者および直接責任者は、同様な行為によって会社に損害を与えたときは、会社に対して損害賠償責任を負わなければならないことも明らかにされている。これに対し、広東条例では、取締役・経理が処罰される行為の直接責任者に該当する場合には、当該取締役・経理は行政罰としての過料対象になる（同条例二一条・一二条・七二条・八〇条など参照）が、他方、取締役・経理の損害賠償責任を認めている場合がきわめて限られている（同条例一三〇条二項²⁰・一三九条等参照）。

深圳株式条例が行政罰とともに認めた会社の法定代表者および直接責任者の会社に対する主な損害賠償責任には、

以下のようなものがある。

(a) 会社が法に違反して他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員になったり、あるいは他の法人企業への投資が会社の純資産の半額を超えて会社に損害を生じる場合には、会社の法定代表者および直接責任者は、会社に対して損害賠償の責任を負わなければならない（同条例九条）。

(b) 会社の法定代表者および直接責任者は、法に違反して株主または他人に会社の資金を貸付けし、それによって会社が損害を受けたときは、会社に対して損害賠償の責任を負わなければならない（同条例一〇条）。

(c) 会社は、定款の規定または株主総会の同意があるときを除き、株主または他人に担保を提供してはならず、これに違反し、会社に損害を生じる場合は、会社の法定代表者および直接責任者は会社に対して損害賠償の責任を負わなければならない（同条例一一條）。また、深圳株式条例と広東条例においては、取締役・經理に対して会社の定款、株主総会および取締役会の決議を遵守する義務が課されているにもかかわらず、その一般的義務としての法令遵守の義務が定められていないため、取締役・經理が法令に違反して会社に損害を与えたときはいかなる責任を負うかが問題となる。これについて深圳株式条例は、上述の三つの場合において、会社の法定代表者および直接責任者に限って会社に対する損害賠償の責任を明定しているが、これだけではきわめて不十分であろう。したがって、取締役・經理の地位に即してその義務および責任を明確にするために、日本法のように、取締役・經理の法令遵守の義務を定め、この義務に違反して会社に損害を与えたときは会社に対し連帯して損害賠償の責任を負うと定めるべきであろう。

なお、深圳株式条例と広東条例も、一九九二年の会社立法と同様に、取締役会とその構成員たる取締役の関係から、取締役会の決議に関する取締役の責任を明確に定めている。すなわち、両条例は、取締役会の決議が同条例に違反し、会社に損害を与えたときは、その決議に参加した取締役は、会社に対して損害賠償の責任を負わなければならないが、

その決議に対して異議を表明した取締役は、その責任を免れることができると定めている（深圳株式条例一〇七条、広東条例一一八条）。

しかし、前述したように、一九九二年の会社立法では、取締役会の決議は、法令、定款および株主総会の決議に違反してはならないと定められているのに対し、深圳株式条例と広東条例では、取締役会の決議は同条例に違反してはならないと定めているため、取締役会の決議に対する取締役の責任原因の範囲が狭くされていると言えよう。

(二) 統一会社法

統一会社法における取締役・經理の責任に関する規定には、以下のような二つの特徴が見られる。

第一は、取締役・經理の地位および権限に即して、その一般的義務およびその個別的義務を明確に定め、これらの義務に違反して会社に損害を与える取締役・經理は、会社に対して損害賠償の責任を負うものとしていることである。前述のとおり、統一会社法には取締役・經理は、会社の定款の規定を遵守し、忠実にその職務を遂行し、会社の利益を保護しなければならない、また会社における地位および権限を利用して自己のために個人的利益を図ってはならないという趣旨の取締役・經理の一般的義務が定められている。このほか、取締役・經理の個別的義務としてその地位の利用による賄賂その他の不法な収入の收受、会社財産の侵奪、会社資金の流用、会社資金の他人への貸付け、会社財産の個人名義による預入れ、株主または他人の個人の債務のための会社財産の担保提供の禁止のほか、競業禁止義務および自己取引禁止義務、守秘義務なども定められている。

また、取締役・經理の一般的責任として、取締役・經理は、会社の職務を執行するにあたり、法律・行政法規または会社の定款の定め違反して会社に損害を与えたときは、損害賠償責任を負うことが定められている（会社法一二三条二項六三条）。言うまでもなく、上述の取締役・經理の一般的義務およびその個別的義務に関する規定のいずれ

も、法律の定めに該当するものであるため、これらの義務の規定に違反する場合も、この損害賠償責任の規定によって処理されることになるであろう。したがって、統一会社法のこの規定により、それまでの会社立法における法令違反の場合の取締役・經理の責任の不明確の欠点は、完全に補われる形になったと言わべきであろう。

第二は、統一会社法は、「法律責任」の章において、民法通則が認めた民事責任の実現方式の規定（民法通則一三四条参照²²⁾）に基づいて、義務違反の取締役・經理の会社財産の返還責任および違法行為によって得た収入の会社所有への帰属責任などを定めていることである。

統一会社法によれば、取締役・經理は、その地位の利用による賄賂その他の不法な収入の收受禁止に違反しまたは会社財産の侵奪禁止に違反すれば、それによって得た違法な収入が没収されるほか、会社に対してその財産を返還しなければならない（会社法二二四条一項）。また、取締役・經理は、会社資金の流用および会社資金の他人への貸付けの禁止に違反すれば、会社に対してその資金を返還するほか、同様な義務違反行為によって得た収入についてそれを会社の所有に帰属させなければならない（会社法二二四条二項）。このほか、取締役・經理が株主またはその他の個人の債務のための会社財産の担保提供の禁止に違反すれば、その担保を取り消す責任を負うほか、それによって得た不法な収入を会社の所有に帰属させなければならないこと（会社法二二四条三項）、取締役・經理が競業禁止義務に違反すれば、それによって得た不法な収入も同様に会社の所有に帰属させられること（会社法二二五条）なども定められている。

また、統一会社法は、損害賠償、過料および罰金の支払いが同時に命じられた場合の順序について、まず損害賠償責任から履行しなければならないと定めている（会社法二二八条）。

なお、統一会社法も、取締役会と取締役の関係から、取締役会の決議に関する取締役の責任を明定している。すな

わち、統一会社法の規定によれば、取締役は、取締役会の決議について責任を負わなければならない。取締役会の決議が法律、行政法規または会社定款に違反し、会社がそれによって重大な損害を受けた場合、その決議に参加した取締役は、会社に対して賠償責任を負うが、決議の時に異議を表明したことが証明され、かつ議事録にその旨を止めた場合は、当該取締役は、その責任を免れることができる、とされている(会社法一一八条三項)。

(3) 取締役・經理の義務および責任に関する規定の問題

(イ) 取締役・經理の義務・責任に関する規定の要約

以上に述べてきた中国法における取締役・經理の義務および責任に関する規定の内容を要約すると、以下のとおりである。

まず、外資系企業立法においては、取締役・經理の義務として、經理のみの、他の経済組織の經理兼任禁止と競業禁止義務が定められているだけであり、取締役に對してかような義務・禁止が規定されていないのみならず、經理の競業禁止義務などに違反する場合の責任についても何らの規定も置かれていない。取締役・經理の責任については、全国的な外資系企業立法では、取締役の責任につき何らの規定も置かれていないばかりでなく、經理のなした不正行為または重大な職務懈怠も取締役会による經理の解任事由となるだけで、かような場合の經理の責任に関する規定はまったく設けられていない。これに對し、広東涉外条例は、經理のみならず取締役についてもその不正行為または職務懈怠により会社に損害を与えた場合には、会社に對して、いわゆる法律責任を負わなければならないと定めている²²²。しかし、同条例にいう「法律責任」とはいかなる責任を意味するものか、この時点ではきわめて不明確であり、同条例における「罰則」の内容を見る限り、罰則関連の規定に掲げた事由が生じるときは、会社のほか、その法定代表社や直接責任者が、一定の行政処罰を受けると同時に、刑事責任が追及されるという従来の原則を示しているにすぎない。

また、一九八〇年代後半に既存企業の株式制企業への改組を規制するために制定された深圳国有企業株式化規定、上海株式弁法および福建株式規定では、取締役・經理の義務に関する規定は何ら設けていない。取締役・經理の責任については、深圳国有企業株式化規定には、取締役・經理の不正行為または職務懈怠によってもたらされた会社の損害に対する賠償責任を定めた規定があるだけである。その他の法規には、民法通則が、経営範囲を越えた不法経営をなした場合、関連機関に会社の真実の状況を隠し、虚偽の行為をなした場合、資金隠し、財産隠匿または債務逃れのあった場合、取消、解散または破産宣告を受けたにもかかわらず会社財産をみだりに処分した場合、などを責任原因として、会社およびその法定代表者の行政責任と刑事責任の追及原則を定めた規定（民法通則四九条参照）にあわせて、ほぼ同様な事由が生じた場合の取締役・經理の行政責任と刑事責任の追及を言明する規定が置かれているだけで（上海株式制弁法三二条、福建株式制規定四九条参照）、その他の義務および責任に関する規定は一切定められていない。

上述の法規と異なり、一九九二年に行われた一連の会社立法においては、取締役・經理の共通の義務として、いずれの法規も競業禁止義務を明確に定めている。また株式規範と海南株式条例では、取締役・經理の会社に対する誠信勤勉義務が明言されており、多数の法規では、取締役・經理の有する自社株式の譲渡およびその所有情報の開示に関する規制が定められている。そのなかに、取締役・經理の有する自社株式の譲渡が内部者取引として厳禁されているものもある（海南株式条例一一四条）。また、經理のみの義務として、多数の法規は、經理の株主総会・取締役会の決議違反および権限踰越の禁止を定めているし、そのうち、取締役会の承認がある場合を除き、經理の他の営利的組織の經理の兼任禁止を定めているものもある（海南株式条例一一〇条二項）。

しかし、取締役・經理の責任に対する規定は、法規によって相当に異なっている。簡単に言えば、深圳株式規定と

株式規範においては、取締役・経理が誠信勤勉義務（ただし、深圳株式規定にはこの義務は規定されていない）、競業禁止義務およびその有する自社株式の譲渡と所有情報開示に関する規制に違反して会社に損害を与えたときは、会社に対して損害賠償の責任を負うことになると定められているほか、もっぱら取締役・経理の責任を定めたものではないが、取締役・経理は、いわゆる直接責任者として、法定の事由が生じたとき、数多くの行政処罰を受けるとともに、同様な行為によって会社が損害を受けたときは、会社に対する損害賠償責任をも負わなければならないと規定されている。

これらの法規に対し、海南株式条例では、経理の責任について、経理は、その職務執行に際し、同条例に定める義務のみならず、会社の定款、株主総会および取締役会の決議に違反し、または権限を超越して会社の損害を与えたときは、会社に対する損害賠償の責任を負うほか、悪意または重大な過失により第三者に損害を与えたときは、会社と連帯して第三者に対し損害賠償の責任を負わなければならないと定めているが、取締役の責任について、同様な要件による第三者に対する賠償責任の規定はあっても、その義務違反や、または権限超越の場合の会社に対する責任についての規定が、まったく設けられていないのが最大の問題であろう。もとより、同条例にも「罰則」の章が設けられているが、当事者に対する行政処罰とその刑事責任追及の原則に関する規定しか置かれていない。

一九九三年に制定された深圳株式条例と広東条例では、取締役・経理の義務として、①会社の定款、株主総会および取締役会の決議の遵守義務、②他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員との兼任禁止、③競業禁止義務、④自己取引禁止が列挙され、かつ、取締役・経理がこれらの義務に違反すれば、会社は株主総会の決議により、取締役・経理の得た利益を会社の所有に帰属せしめることができるほか、会社が損害を被った場合の取締役・経理の会社に対する損害賠償の責任も明確に定められている（深圳株式条例九四条二項・三項・一一三条、広東条例一二一条・

三七条)。

このほか、深圳株式条例は、会社の資本充実の必要性からとも言うべき立場より、会社が他の経済組織の無限責任社員または組合の組合員になったり、あるいは会社が他の企業法人への会社の純資産の半額を超える投資、株主または他人への資金貸付け、株主または他人への担保提供をなしたときは、その法定代表者および直接責任者は、行政処罰を受けるほか、会社がこれらの行為によって損害を被ったときは、会社に対して損害賠償の責任を負うものとする²³と定めている(同条例九条―十一条参照)。

以上の法規と比較すれば、日本法における取締役の一般的義務としての善管注意義務と忠実義務の趣旨に最も近いとも言われている²³取締役・經理の一般的義務を定め、日本法における取締役の競業避止義務と自己取引避止義務の趣旨にも相当近いとも言うべき取締役・經理の競業避止義務と自己取引避止義務を定めるほか、主として会社の資本維持・充実原則に鑑みて、取締役・經理の多くの個別的義務を定めているのは統一会社法である。

統一会社法は、取締役・經理は、会社の定款を遵守し、忠実にその職務を執行し、会社の利益を保護しなければならない、また会社における地位および権限を利用して自己のために個人的利益を図ってはならないという趣旨の取締役・經理の一般的義務を定めたほか、取締役・經理の競業避止義務、自己取引避止義務、守秘義務、会社における地位・権限の利用による賄賂その他の不法収入の收受・会社財産の侵奪・会社資金の流用または個人(株主を含む)への貸付け・会社資金の個人名義による預入れ・会社財産の個人(株主を含む)債務のための担保提供の禁止を定めている。また、統一会社法は、取締役・經理は、その職務執行に際し、法令または定款に違反して会社に損害を与えたときは、会社に対して、損害賠償の責任を負うものとし、上記の諸義務・禁止に違反した場合に、それによって得た収入は、すべて会社の所有に帰属させるため、それを会社に返還しなければならないと定めている。改革開放以来の中国にお

ける会社立法の展開のなかで、取締役・經理の義務および責任に関する規定が最も整備されているのが統一会社法であるというべきであろう。

(四) 取締役・經理と会社との間の法的関係に関する検討

上述の統一会社法も含め、改革開放以来の会社立法における取締役・經理の義務および責任に関する規定には種々の問題が残されているのも否めないことであろう。そのうち、最も顕著なのは、取締役・經理と会社との法的関係の不明確と、特に一九九三年以後の会社立法において、取締役と經理との区別をせずに、両者にまったく同様な義務と責任を課していることであろう。

取締役・經理の同義務同責任の問題については、以上に見てきた規定からも明らかなように、外資系企業立法と一九九二年における会社立法においては、取締役・經理の義務および責任に関する規定は、それほど整備されているとは言えなくても、両者に共通する義務および責任を定めている規定もあれば、両者を分けて定めている規定もある。しかし、一九九三年以後の立法においては、かような区別がなくなり、条文上、別々に定められているとしても、定められている両者の義務および責任は、まったく同様なものである。

言うまでもなく、いずれの会社法規においても、前に述べたように、取締役と經理は、まったく地位の異なる会社の機関となっているため、両者の負う義務および責任も、当然区別して規定されるべきものであろう。しかし、本論文においては、この問題に関して、これ以上立ち入ることなく、取締役・經理と会社との法的関係の不明確の問題に焦点を当てて、統一会社法を中心に取締役・經理の義務および責任に関する法規定の問題について、若干の検討を加えたい。

まず、統一会社法を含む、改革開放以来の会社立法における取締役・經理の義務および責任に関する規定の最大の

問題は、ほかでもなく取締役・経理と会社間の法的関係について明確に定めることができなかったことである。すなわち、他の会社法規はもとより、統一会社法においても、取締役・経理と会社間の関係を示すための規定は、一切設けられていない。その原因を究明することはきわめて困難であるが、一九九三年前の会社立法においては、たとえば、株式規範と海南株式条例により、取締役・経理は会社に対して「誠信勤勉義務」を負うものとされても、取締役・経理と会社間の関係は、いかなるものかについて明らかにされていないため、かかる誠信勤勉義務が、取締役・経理と会社間に存するいかなる法的関係によるものか、きわめて不明確であると言わざるをえないであろう。その原因は、この時点においては、取締役・経理が会社との間のいかなる関係に立つべきものかという問題について、ほとんど議論されていないほか、これに先立って制定された民法通則にも、日本民法上のような委任関係に関する規定もなければ、英米法上にいわゆる信任関係に関する法規定もまったく見られないというところにあると見てよいであろう。

一九九二年の初めに行われた登小平の有名な「南巡講話」を契機に、同年一〇月に開催された中国共産党第一〇回大会により、有限会社と株式会社を主要形態とするいわゆる現代企業制度の確立が企業全体の改革の目標に掲げられた。これに伴い、一九八〇年代の半ば頃から企業の所有権と経営権の分離をめぐる企業改革の一方式として始められた株式制導入の試行活動に関する総括的調査および議論が行われるようになった。もとより株式会社の機関制度に関する議論も含まれており、取締役・経理と会社間の関係についても若干議論されているが、法的立場からのものよりは、一般の改革論として経済学者および実務家によりなされたものが多い。

かような議論の共通点は、いずれも取締役・経理の義務および責任の基礎たる関係を取締役・経理と会社間の関係ではなく、取締役・経理と株主間の関係、または取締役会と株主総会間の関係、そして取締役会と経理の間の

関係として、とらえており、またいずれにおいても、特に取締役と株主、または取締役会と株主総会の間の関係について、それが日本法における委任関係ではなく、英米法にいわゆる信任関係として論じられていることである。

具体的に見れば、取締役の地位について次のように論ずる見解が代表的なものである。株式会社においては、数多くの株主が存在し、株主が自ら会社を経営することは、とうていできないため、取締役は、株主の代理人として選ばれ、株主に代わって会社の経営を担当するものである。したがって、取締役と株主の間の関係は信任関係であり、すなわち、信任を基礎とし、委託の方式により取締役が株主を代理して、会社の経営を行うという意味の関係である。かような信任関係から、株主が取締役に自分を代理する権限を与え、それと同時に取締役は、株主の利益を図ることが自分のすべての行動の最高かつ唯一の基準であるという内容のいわゆる誠信義務を負うことを含む取締役の信託責任が生じるのである。また、取締役と株主の間の信託関係を法制度化する必要がある。法は、取締役の誠信義務の原則を示すほか、この誠信義務を表す具体的な規定を定めなければならない。すなわち、株主がそれにより取締役の責任を追及するための訴訟を提起することができ、しかも裁判所がそれに基づいて判決を下すことができるように、この義務の具体化を図るべきである、というのである。²²⁴

このほか、取締役・経理と会社との関係について、それを取締役会と株主総会の間の関係、そして取締役会と経理の間の関係の二つの関係に分けてとらえている見解もある。この見解によれば、取締役会と株主総会の間の関係は、信任委託管理関係（原語「信任托管関係」）であるのに対し、取締役会と経理の間の関係は、一種の委託代理関係であるというが、具体的には、以下のように論じられている。

法人の機関構造について見れば、取締役は、株主の受託者であり、株主に対して受託責任を負うものである。取締役は、株主総会から信任委託を受けて、会社の法人財産を管理し、会社の経営を行う立場に立つものであるため、か

ような関係は、一種の信任委託管理関係である。この信任委託管理関係は、①取締役会が株主総会から会社の経営の委託を受けると、会社の法定代表者となり、株主は、取締役会の経営に参与することができなくなること、②経営の委託を受けた取締役は、雇用関係に立つ経理と異なり、会社の業務執行を担当しなければ——たとえば、いわゆる外部取締役の場合——会社から取締役の報酬を受け取ることができないこと、③法人株主が大多数を占める会社の取締役は、一般に大法人株主により派遣される者から構成されること、などの特徴を有するものである。

これに対し、取締役会と経理の間関係は、一種の委託代理関係であり、この関係によれば、取締役会は、経営管理の知識・経験および創造能力を基準に会社の経理を選任し、かくして選任された経理は、取締役会の決議による取締役会の代理人として、会社の内部的な事務を管理する管理権と、訴訟または訴訟外の対外的な業務代理権を有することになる。かような委託代理関係には、①経理は、取締役会の代理人として、その権限が取締役会の委託範囲による制限を受けること、②経理と会社の間関係は、一種の有償委任の雇用関係であること、の特徴が見られる。²²⁵

以上の議論においては、法人としての会社概念の希薄が最大の問題であろう。けだし、委任法理を強調する大陸法にしても、または信任関係を基礎とする英米法にしても、取締役などの会社の経営者の義務および責任に関して重視されているのは取締役と会社の間法的関係であり、取締役と株主の間関係でもなければ、取締役会と株主総会の間関係でもないの²²⁶に対し、上述のいずれの議論も、取締役などと会社の間関係にまったく触れていないからである。これは、すでに指摘されているように、法人概念が完全に確立されていないことの現れであろう。²²⁷ また、信任・委任・雇用・信託などの概念の明確な区別のないことなども問題であるが、いずれの議論も、取締役・経理の義務および責任について、英米法上の信任的法律関係を主張しているのが、その特徴である。すなわち、この時点においては、用語上の問題はあるが、会社における所有者と経営者の間関係は、信任的法律関係であるべきことが明らかに

されているのである。したがって、株式規範と海南株式条例に定められた取締役・經理の誠信勤勉義務の規定は、かような議論を反映したものと考えられるが、後に見るように、これは、取締役・經理の善管注意義務と忠実義務の双方を指すものと解する見解もある。²²⁸⁾

一九九三年に入り、会社立法のさらなる展開に伴って、一部の法学者および立法者により取締役・經理の義務および責任の法的基礎関係が議論されるようになり、しかもかような法的関係を取締役と会社との関係としてとらえて論じるようになった。しかし、そのいすれも、英米法と大陸法における取締役と会社との法的関係に関する理論の相違を紹介するにとどまり、改革開放以来の中国の会社立法における取締役などと会社との関係の問題に関する議論はそれほど行われていない。

まず中国社会科学院法学研究所の王保樹教授は、一九九三年一〇月に開かれた「中日民商法と市場経済における法律秩序」と題する研究会に提出した論文「株式会社取締役と取締役会」において、取締役と会社との法的関係について以下のように分析し、提案している。²²⁹⁾

(a) 言うまでもなく、一定の権利と義務はつねに一定の法律関係の内容として存在するものであり、かかる法律関係が締結されれば、それに相応する一定の権利と義務が生まれる。基本的に言えば、株式会社の取締役の権利と義務は、取締役と会社との間の法律関係から引き出されるものであり、かかる法律関係の成立の根拠は会社法である。しかし、かような取締役と会社との間の法律関係は、一体いかなる性質のものなのかという問題については、従来から二つの異なる学説が唱えられている。

(b) その一つは、英米法系の国の会社法学者が自分の国の会社法の規定に基づいて主張してきた、いわゆる代理信託関係説である。この代理信託関係説によれば、株式会社の取締役は、まず会社の代理人とされ、会社の代理人と

して、その職権の範囲内において、会社の営業活動を行うものとされている。そればかりでなく、取締役は、さらに信任受託者の立場に立つものでもあるとされている。したがって、取締役は、会社財産の信任受託者として、会社財産を管理し、会社の利益のためにその職務を忠実に執行する義務を負うことになる。ここで注意すべきは、取締役が上述のような二重の地位に立つものであるために、法の規定により株主総会の権限とされている重要な決議事項以外、会社の日常業務執行に関するすべての意思決定権は、取締役会が会社を代表して行うことである。

もう一つは、日本などの大陸法系の国の会社法学者が自分の国の会社法の規定に基づいて主張してきた、いわゆる委任関係説である。この委任関係説によれば、取締役と会社との関係は、委任関係であり、したがって、取締役は、その職務を執行するにあたり、善良なる管理者としての注意義務を負うことになる。言うまでもなく、取締役と会社との間の委任関係は、一般の委任契約と異なり、株主総会の選任決議と選任される取締役の承諾があれば、直ちに成立するものであり、この委任法理によれば取締役は、かような委任を受けると、委任事務たる会社の経営に関する意思決定権と業務執行権を取得することになる。以上のほか、日本においては、かような委任法理には、さらに、委任は当事者間の信頼関係を基礎とするから、委任関係の当事者は、当然にこのような信頼関係を成立させ、存続させる義務を負うこと、取締役の善良な管理者としての注意義務は、会社の経営に対する客観的な注意義務を意味するものであることのほか、受任者たる取締役は、委任者たる会社に対して、誠心誠意かつ忠実でなければならないこと、なども含まれるはずであると強調されている。

(c) 中国は、自国の実情に鑑みて自国の法律伝統に合致する理論を導入すべきである。中国の実情および法律の伝統からすれば、まず中国における代理制度は、取締役と会社との関係の実態にまったく合致しないものとなっているのみならず、取締役が代理人としての代理権しか持たないことになると、企業の所有権と経営権の分離を図るた

めに、会社立法によって確立された株主総会と取締役会との関係に合致しないどころか、それに相反するおそれも生じかねないため、取締役が会社の代理人である説を導入すべきではない。次に、信託制度は、英米法において培われたものであり、中国のような大陸法の伝統を長く持ち続けてきた国においては、人々の慣習、心理からみても、きわめて受け入れにくいものである。

これに対し、委任関係をもって取締役と会社との法的関係を説明することは、比較的中国人の慣習および伝統に適合するのである。しかし、注意すべきことは、委任法理により取締役の会社における地位を解釈するには、会社法上の明確な規定によらなければならない。したがって、現在の会社法(株式規範を指す)における取締役と会社との関係の不明確な状態を改めるべきである。そのために、民法通則にあらゆる委任関係を規制しうる委任に関する規定を補充すると同時に、会社法において、取締役と会社との関係は委任に関する規定に従うという規定を明確に定めなければならない。

以上のほか、王教授は、株式規範と海南株式条例に定めた取締役・經理の誠信勤勉義務について、いわゆる「誠信」とは、取締役の忠実義務を強調したものであり、取締役が法律、法規、会社の定款および株主総会・取締役会の決議を遵守することを要するものである。これに対し、いわゆる「勤勉」とは、会社の受任者としての取締役が会社に対して善良たる管理者としての注意義務を強調するものであると解している。しかし、取締役の忠実義務はともかくとして、前にも紹介したように、中国において、株式規範と海南株式条例が制定される時点では、取締役・經理の義務および責任の立場から、取締役・經理と会社との法的関係について、ほとんど議論されておらず、かような議論があるとしても、一般の改革論の立場からされているのみならず、そのいずれも英米法上にいわゆる信任的法律関係に類似するともいえるべき信託関係または信任委託管理関係を強調しているため、かかる「誠信勤勉」義務から、委任法

理にいわゆる善良なる管理者の注意義務を引き出すのは、あまりにも無理のあることであろう。

いずれにせよ、一九九三年に入ってから、王教授を代表とする一部の法学者により、取締役・經理の義務および責任の立場から、取締役と会社の間の法的関係についての議論がなされ、かような議論により、かかる法的関係には、英米法にいわゆる信任関係論と大陸法にいわゆる委任関係論が併立することが明らかにされたほか、王教授により、中国は、委任関係論を導入すべきであると提案されており、かような委任関係論のもとで、取締役の一般的義務として、善管注意義務と忠実義務の原則を明定し、²³⁰そして取締役の特別義務として、競業禁止義務²³¹、会社資金の個人への貸付けや会社財産の個人債務への担保提供などに関する規制のほか、賄賂その他の不法収入の收受禁止などを定めるべきことが提案されている。²³²

取締役と会社の間の法的関係についてかような議論がなされたにもかかわらず、一九九二年の会社立法はもとより、一九九三年に制定された深圳株式条例と広東条例も、最も期待されていた統一会社法も、取締役と会社の間の法的関係を明確に規定することができなかった。その最大の原因は、中国においては、民法通則には委任関係に関する規定が置かれていないのみならず、中国のいかなる立法を見ても、英米法における信任関係の制度が確立されていないため、大陸法における委任関係の法理も英米法における信任関係の法理もまったく形成されていないところにあると言えるであろう。

したがって、取締役と会社の間の法的関係が明確にされなかったため、改革開放以来の会社立法、とりわけ、取締役の義務および責任について、最も厳格な規定を定めたとすべき統一会社法において定められた上述の取締役・經理の種々の義務および責任は、いかなる法的関係に基づくものかについての解釈が最大の問題とならざるをえない。たとえば、統一会社法が取締役・經理の一般的義務として、取締役・經理は、会社の定款の規定を遵守し、忠実にそ

の職務を遂行し、会社の利益を保護しなければならず、また、会社における地位および権限を利用して自己のために個人的利得を図ってはならないと定めている(会社法一二三条一項・二項・五九条)。この取締役・經理の一般的義務について、中国民法に委任に関する規定を欠くため、上記の規定がどのような義務を定めたものが問題であるが、その場合でも、前段の規定は、多分に善管注意義務を定めたものと考えられるが、後段の規定は地位・権限の利用による個人的利得を禁ずる点で、むしろ英米法上の信任的法律関係に基づく忠実義務が併せて規定されたという理解も可能であると解する見解がある。²³³これに対し、かような一般的義務は、外国の学説によって主張されている「善良なる管理者としての注意」義務を定めたものであると言いつついる解釈もある。²³⁴

しかし、統一会社法により定められている取締役・經理の義務およびこれらの義務違反の場合の取締役・經理の責任に関する規定の内容全体を見れば、統一会社法における取締役・經理の義務および責任体制は、大陸法における委任関係の法理よりも、むしろ英米法における信任関係の法理を積極的に取り入れて定められたものと見るべきであろう。ただし、取締役・經理の一般的義務を定めた第五九条の前段は、多分に取締役の善管注意義務を定めたものと推測されるが、条文には、取締役などが会社の定款を遵守し、²³⁵忠実にその職務を遂行し、会社の利益を保護しなければならぬという規定が明確に定められているほか、その後段においては、取締役などが会社における地位および権限(これは、まさしく英米法上の信任関係における信託受託者の有する「圧力と優越」を表現したものであると言えよう)を利用して自己のために個人的利得を図ってはならないという明確な規定により、取締役などの忠実義務が定められ、また取締役などの個別的義務として、取締役などの地位利用による賄賂その他の不法収入の收受・会社財産の侵害、会社資金の流用の禁止のほか、競業禁止義務、自己取引禁止義務および守秘義務が定められているからである。そればかりでなく、これらの義務違反の場合の責任として、取締役などが法令、定款に違反して会社に損害を与え

たときは、会社に対して損害賠償の責任を負うという取締役などの一般的責任が定められているほか、取締役は、その賄賂その他の不法収入の收受および会社財産の侵害禁止に違反すれば、その賄賂その他の不法収入と侵奪された会社の財産を会社に返還しなければならない責任、会社の資金流用禁止に違反すれば、その資金を会社に返還し、その流用によって得た収入のすべても会社に支払わなければならない責任、会社資金の個人への貸付禁止および会社財産の個人債務のための担保提供禁止に違反すれば、それによって得たすべての収入を会社に返還する責任、競業禁止義務に違反すれば、それによって得た収入も会社の所有とみなされるため、それを会社に返還しなければならない責任を負うことが明確に規定されている（会社法六三条・一二三条・一一四条・一一五条など参照）。

取締役などのこれらの責任は、まさしく、英米法上の信任関係に基づく忠実義務に取締役が違反する場合における英米法の法定信託（これは、強制信託と呼ばれることもある）の法則による取締役の原状回復責任およびその不法な利得の会社への返還責任に最も類似しているものにほかならない。²³⁶

このほか、統一会社法は、取締役などの自己取引について、定款の規定または株主総会の同意がある場合を除き、取締役・経理は、会社と契約を締結しまたは取引を行うことができないと定めている（会社法一二三条二項・六一条二項）。もとより、ここに言う会社との契約締結および取引に、直接の契約締結・取引のほか、間接的なものが含まれるかどうかの問題が残されているが、これは、英米法、とりわけイギリス法における会社の定款の規定をもって取締役の自己取引を認めるという制度を考慮したものであるというべきであろう。²³⁷

また、統一会社法の、取締役などが自己または第三者のために、競業禁止義務に違反する営業または行為を行ったときは、その得た収入は会社の所有に帰するものとする旨の規定（会社法六一条・一一五条）について、これは、単なる損害賠償の規定か、日本の商法の該当規定のような損害の推定規定（商法二六六条四項）か、それとも英米法上

の擬制信託的規定であるか、今後、実際の運用に際し問題となるように思われるという指摘がある。²³⁸これが、中国においては、英米法上の信託的法律関係の法理がまったく確立されていないため、同規定がいかなる法理によって運用されるかが問題であるという指摘ならば、まったく同感であるが、この規定自体が、損害賠償に関する規定か、あるいは日本の商法の該当規定による損害の推定に関する規定か、それとも英米法上の法定信託の法理における信託受託者が負う利得返還責任に関する規定のいずれを定めたものか不明確であるという疑問であるとすれば、これは、明らかに英米法上の法定信託の法理に基づく信託受託者の利得などの返還責任に類似するものを定めたものと言うべきであらう。

要するに、中国の改革開放以来の会社立法においては、上にも触れた原因により、いずれの立法も、取締役など会社との関係がいかなるものかについて明確な規定を置くことができなかった。それゆえ改革開放以来の会社立法において定められた前述の取締役・經理の諸義務および責任は、取締役などと会社とのいかなる法的関係に基づいて認められたものかはきわめて不明確である。したがって、実際の法規定の運用に際していかなる法理（大陸法上の委任関係法理かまたは英米法上の信任関係法理か）に基づいて規定を解釈し、かつ適用していくかも避けて通ることのできない現実的な問題になるであらう。

また、改革開放以来の会社立法のいずれにおいても企業の所有権と経営権の分離の原則が取り入れられ、取締役・經理の会社経営者の地位およびそれなりの権限が認められているのみならず、市場経済体制の全面導入に伴い、企業の所有と経営の分離現象がさらに進むにつれて会社の経営者たる取締役・經理の権限がますます拡大・強化されることも容易に想像しうることである。したがって、このようにしてその地位および権限が強化された取締役などの経営活動の適正かつ公正さを保障するために、合理的かつ現実的な法理に基づく取締役・經理の義務および責任体制の強

化はきわめて重要な意味を持つことになる。なかでも、最も重要なのは、取締役・経理と会社の間の法的関係を明確にし、委任関係の法理または信任関係の法理、あるいは両者の関係についての同質説が唱えるような広義の委任関係の法理（すなわち、英米法上の信任関係の法理に基づく忠実義務も含まれる委任関係の法理）の導入によって取締役・経理の義務および責任体制の強化を図ることであると言えよう。

この点について、前述のように、すでに中国においては、英米法上の信任関係の法理よりも、日本など大陸法系国の法における委任関係の法理を導入すべきであると主張されている。私は、基本的には委任関係法理の導入論に賛成するが、いずれかと言えば、広義の委任関係の法理を取り入れて、取締役・経理の義務および責任体制の確立と機能化を図るべきであると考ええる。ただし、英米法において長期間にわたり衡平法裁判所の数多くの判例によって確立されてきた信任関係の法理を大陸法系の伝統の長い中国にそのまま導入するのが現実的な選択であるとは考えにくいほか、日本民法におけるような委任および準委任関係の規定から、信託受託者の委任者に対する「圧力」および「優越」的地位に着目した英米法上の信託受託者の忠実義務を引き出すには相当な無理があることも否めない事実だからである。

本論文にいわゆる広義の委任関係の法理とは、以下のような趣旨を明らかにすることを言う。すなわち、信任関係の法理はもとより、委任関係における委任者と受任者の間にも信頼関係が置かれていることは異議のないところであるにしても、すべての委任関係を規制するための一般の委任関係の法理から、受任者の善良なる管理者の注意義務（通常人を基準にしてその地位に応じて一般的に要求される注意を尽くす義務）を定める以外に、委任者に対し受任者の有する「圧力」および「優越」的な地位に基づく受任者の忠実義務までを規定するのは無理であるため、委任関係における特別の類型として明確な規定を加えて、委任関係にある受任者が委任者に対して「圧力」および「優越」

的地位を有する場合²³⁹には、受任者は、その委任事務の処理にあたるすべての行為について、委任者のためにのみ行動すべきであり、かつ受任者が委任事務の処理において得た利益はすべて委任者に帰属させられるとすべきである。

このような観点から中国法における取締役などと会社の間の法的関係を明確に確立するために、立法論として、前述した王保樹教授の提案のように、まず民法通則において、種々の委任関係を規制しうるための委任関係に関する一般的规定を設ける必要がある。そして民法通則の「企業法人」の節²⁴⁰において、企業法人における受任者は、その職務の執行に際して、委任者たる企業法人の利益のためにのみ行動すべきであり、かつその職務の執行において得た利益は、すべて企業法人の所有に帰属せしめられる旨の規定を定め、最後に会社法において、取締役など（業務執行機関の立場に置かれる経理を含む）と会社の間の関係は、民法通則の委任に関する規定に従うという規定を定めるような法整備が必要であると考ええる。

(イ) 取締役・経理の義務・責任に関する規定のその他の問題点

中国法における取締役・経理の義務および責任に関する規定の問題として、以上に述べてきた取締役・経理と会社との間の法的関係の不明確という最大の問題の以外に様々な問題が残されているが、取締役・経理と会社の間の法的関係の不明確の問題以外に、概ねいかなる問題があるかについて指摘しておくことにしよう。

(a) 改革開放以来の会社立法においては、一九九二年以来の会社立法はもとより、その初期段階にあった外資系企業立法においても、特に経理の競業禁止義務が定められているのは前述のとおりである。しかし、前述したように、厳密に言えば、中国法における取締役・経理の競業取引に関する義務は、競業禁止義務ではなく、競業禁止、すなわち、いかなる場合においても取締役・経理の競業取引は禁止されているのである（会社法二三三条一項・六一条一項）。これは、私法、とりわけ民法の最も重要な原則である「契約の自由」の原則の確立にとって不利であるのみならず、

取締役・経理の競業取引のなかには、会社にとって有利なものもあることが考えられるため、中国法における取締役・経理の競業取引を全面的に禁止する競業禁止の規定を、日本法の該当規定のように（商法二六四条参照）、競業取引をなす取締役などにその取引に関する重要事実の開示義務を課し、承認機関の承認を要求したうえ、かかる開示および承認の規定に違反する場合と違反しない場合の取引の効果および該当者の責任を規定するように改めるべきであろう。²⁴⁾すなわち、取締役・経理の競業取引を全面的に禁止するのではなく、かかる取引の重要情報の開示および承認のもとにそれを許容するように現在の規定を改正すべきであろう。

(b) 前述したように、改革開放以来の会社立法において、取締役・経理の第三者に対する損害賠償責任を定めたのは海南株式条例だけである。統一会社法の取締役・経理の一般的責任を定めた規定の解釈において、取締役・経理の損害賠償責任に第三者に対するものも含まれていると解する見解があるが、明確な規定が置かれていないのも否めない事実である。

海南株式条例は、まず取締役の第三者に対する損害賠償責任について、取締役は、その職務の遂行において悪意または重大な過失を犯し、第三者に損害を与えたときは、第三者に対し会社と連帯して損害賠償の責任を負うものと定め（同条例一〇六条）、そして、経理の責任に関する規定においてこの規定の適用が明確に定められている（同条例一二二条参照）。この規定からも明らかなように、取締役・経理の第三者に対する損害賠償の責任の要件として、①その職務の執行において、②悪意または重大な過失を犯し、③第三者に損害を与えたとき、の三要件が明確にされている。もとより同規定の解釈については、前述の日本法における取締役の第三者に対する責任に関する規定の解釈において、①その責任の性質は特別の法定責任か不法行為責任か、②その責任と一般の不法行為責任の競合が認められるか否か、③その責任は直接損害または間接損害のいずれかについての認められるか双方について認められるか、

④悪意・重過失は会社に対する任務懈怠について必要か第三者に対する加害について必要か、⑤第三者は会社債権者に限られるか株主も含むか、などの争点をめぐって対立する議論がなされているように、これらの争点に関する解釈が問題となるであろう。

いずれにしても、第三者の利益の保護の強化と取締役・経理の責任の明確化を図るために、海南株式条例の上記のような規定を基本に、解釈上の争点を十分に検討したうえ、統一会社法をはじめその他の会社立法も、取締役・経理の第三者に対する損害賠償の責任の制度を確立する必要があることは言うまでもないであろう。²⁴²

(c) 改革開放以来の会社立法において取締役・経理の義務および責任について最も欠如しているのが取締役・経理の責任免除に関する規定である。前に述べたように、日本の商法における取締役の責任の免除制度は、取締役の権限の強化に伴う取締役の責任の強化および明確化の進展につれてますます嚴格化される方向をとり、現行法のもとでは、取締役会の承認を受けたにもかかわらず会社に損害を生じせしめる取締役の自己取引の場合の責任を除けば、他のいずれの場合の責任の免除にも、総株主の同意が要求されているから、取締役の会社に対する責任の免除は、ほぼ不可能であると言われている。

日本法に取締役の責任免除制度の史的変遷を参考すれば、中国会社法に取締役などの責任免除に関する規定がないということは、かような免除を認めないことを意味すると解しうるし、企業の所有と経営・支配の分離現象に対処していく過程において、取締役の権限の拡大・強化に伴い、取締役の義務および責任の強化および明確化がかならず図られることを考慮すれば、取締役などの責任免除の規定の欠如は、それほど重大な問題ではないといってもよいであろう。それにしても、取締役の責任免除制度が確立されていないことは、取締役の経営に対する積極性の発揮の必要性などを考えると、立法上の一つの欠点であると言わねばならないし、やはり取締役にとって酷であると言わべきで

あろう。したがって、下記の株主の代表訴訟制度との関連性と、権限が次第に拡大される取締役などの義務および責任の強化の必要性を合わせて考えれば、日本法のように原則として総株主の同意がなければ、取締役などの責任を免除しえないという取締役などの責任免除制度を確立すべきであろう。

また、中国の会社立法において残された最大の問題の一つは、取締役・經理の責任追及およびその違法行為の事前防止措置に関する規定が欠如していることであると言わざるをえない。けだし、中国の会社法においても、取締役・經理は会社の役員としてその間に特殊な関係が存在するため、会社による取締役・經理の責任の追及およびその違法行為に対する差止めが積極的に行われることはあまり期待できないからであろう。したがって、立法論として、中国会社法も、会社の利益、ひいては株主の利益を保護すると同時に、株主の会社経営に対する監督是正権を強化するために、日本の商法のように、取締役などの責任を追及するための制度として、株主の代表訴訟を認めるほか、取締役などの違法行為に対する事前の防止措置として、株主の取締役に対する違法行為差止権を定め、これらに関する法制度の整備を会社立法の重要な課題とすべきであろう。

〔注〕

- (1) 中外合併企業において社員総会の設置を認めず、取締役会の設置を要求するばかりでなく、それを会社の最高意思決定機関として認めた狙いに関する議論について、王進生「中国の会社立法における取締役会について」立命館法学一九九三年四号七二一頁以下参照。本論文により、①合併企業の出資者は中国側と外国側の合併当事者によって構成され、しかも合併事業に関するすべての重要な事項は合併契約のなかに明確に記載されてるので、社員総会のような組織は合併企業にとって必要ではないと主張する説、②これは単なる有限責任会社の機関設置だけの問題でなく、中国の社会体制や中国側と外国側と

の利害関係などの立場から、かりに合併企業において社員総会のような機関を設ければ、外国側の出資比率が五〇%を超えた場合に、意思決定の自由を認めざるをえなくなり、また、社員総会の設置は資本主義の象徴とも言える株式会社を意味するものなので、立法当時の立法者は出資者による会議体組織を設置しようとはしなかったのではないかと指摘する説、③中国の合併企業における取締役会は、その性格は日本の有限会社における多数決原則に基づく社員総会と同一なものでなく、その構成員は合併当事者の出資比率を参照して合併当事者の協議によって、確定され、そして取締役会においては、取締役の頭数により決議が行われるという頭数主義を強調する説、などがあることが紹介されている。また同氏は、③の説について、この見解に基づいて考えれば、たとえ外国側合併当事者の出資比率が六〇%に達しても、もし両側の当事者の協議によって取締役会の構成員を四名とし、それぞれ二名ずつ派遣すれば、合併企業における支配権は、依然として平等になり、したがって、出資者による会議体組織を設置し、資本多数決を採用するより、取締役会を設置し、頭数主義による意思決定のほうが断然中国側に有利であることは明らかであると説明を加えている。なお、合併企業における取締役会の機能について、同氏は、合併企業法の規定をよく吟味すれば、合併企業の取締役会は、中国側と外国側の意見調整の場所としてその役割が期待されていることが分かる。すなわち、中国は、諸外国、特に先進諸国との間に社会体制や法制度が著しく異なっているので、様々な意見の衝突は免れず、したがって、こうした意見衝突の軟着陸地として、取締役会の設置が考えられたのであると主張している。そしてその裏づけとして、同氏は、合併企業法には、合併当事者の間に、もし紛争が生じ、取締役にによる協議解決ができない場合、合併当事者は、仲裁機関で仲裁を受けることができること（合併法一四条）、合併当事者は、合併企業の取決め、合併契約、会社の定款の解釈あるいは履行において紛争が生じた場合、協議による解決が望ましいこと（合併条例一〇九条）を定めていることを取り上げた後、この取締役会意見調整場論を立証するために、一九五四年に当時の私営企業の改造の手段として考え出された公私共同経営企業を規制するために制定された「公私合営工業企業暫定条例」（同条例は一九五六年に私営企業の社会主義的改造の完成に伴って廃止された）には、合営企業の取締役会は、合営当事者の協議する機関であると定めていたわずか一条文（同条例一九条）を引用して取締役会意見調整場論の史的接点、または史的影響を強調している。しかし、取締役会は、主に会社の経営に関する意思決定などを行う会議体機関の一つとして設置されており、そこにおいて経営者たる取締役の様々な意見について議論し経営者の総意が決められるような方向に向けて調整を行い、最後に決議の形をもって会社の経営に関する意思を決定するのが普通であると考えられるだけでなく、経営に関する

る専門知識や経営の経験およびこれらの知識と経験の十分な交換が最も期待されているとも言わべき取締役会である以上、取締役会がまず取締役の意見調整の場になるのも当然のことであろう。もとより国籍の異なる当事者間の意見衝突の可能性または意見調整の必要性が普通の場合より遥かに高いとは言えども、本質的な違いはないはずである。まして合併企業法規には、意見調整の機関であるという規定がないのみならず、取締役会は会社の最高意思決定機関として、会社のすべての重大事項について決議することができるものと明確に定めている（合併法六条一項、合併条例三三条参照）ほか、取締役会の法的地位およびその基本的権限に関する規定も明確に定められているため、その設置の趣旨を単なる意見調整の場所の確保に限定するのが妥当かどうかは、きわめて疑問であると思われる。

(2) 袁建国「我が国の株式制および株式制立法」中国法学一九九一年一月号五五頁参照。

(3) 全国的な会社立法は前述したように相当立ち遅れていたが、株式制企業の改革に一定の法的根拠を与えるために、一九八〇年代後半での株式制企業試行活動の活発的な展開につれて、一部の地方から会社法規が制定・公布されるようになった。たとえば、一九八六年の「深圳経済特別区国营企業の株式化試行暫定規定」、「沈陽市集団所有制企業株式制試行規定」、「四川省卿鎮企業の株式制推進に関する意見」のほかに、一九八八年の「上海市株式制企業暫定弁法」、「福建省株式制企業暫定規定」などがその例であり、規定として最も簡単であるとも言わべき沈陽市の規定と四川省の意見にしても、株主総会と取締役会を設置して民主的経営管理機構の確立を要求しているほか、株主総会または株主代表大会の選挙による取締役会の設置を明言している。その他の法規においては、各機関の名称の不一致の問題、たとえば、上海弁法では、株主総会ではなく、株主代表大会の設置を定めていることや、会社の機関構造の相違、たとえば、上海弁法と深圳国有企業株式化規定はいずれも監査役または監査役会の設置を認めていないという問題があっても、会社の最高意思決定機関として、出資者による株主総会またはその代表大会の設置、そして会社の業務執行機関として取締役会の設置を要求しているほか、それぞれの機関の権限についても規定を定めている。まして市場経済体制の確立に伴って、有限会社と株式会社を主要企業形態とする、いわゆる現代企業制度の確立を企業改革の目標とする国の基本方針が明確に決められた一九九二年以後には、企業改革自体を進め、また政経分離を促進するための手段として、株式会社制度および関連法律の利用が考えられ、その株式会社制度にあっては、所有を代表する制度として株主総会を、また経営を代表する制度として取締役会を想定している国の方針が公式に示されている。これについて、酒巻俊雄「中国会社法の基本的構造とその検討」判例タイムズ八五七号四六頁以下参照。

- (4) 王進生・前掲(注1)七二六頁以下。
- (5) 中国法における取締役会制度に関する研究は、中国と日本のいずれにおいても、一定の業績を示している。その代表的なものとして、王保樹「株式会社における取締役および取締役会」外国法訳評(北京)一九九四年一月号、王進生「中国の会社立法における取締役会について」立命館法学一九九三年四号、同「中国の会社代表者と取引の安全保護」同一九九三年二号などがある。
- (6) 酒巻俊雄「中国の会社法と会社制度——日本法との比較において——」代行李ポート一一一号八頁参照。
- (7) 王進生・前掲(注1)七三七頁以下、同「中国の会社代表者と取引の安全保護」立命館法学一九九三年二号二一四頁以下、酒巻俊雄「志村治美」中島敏次郎(鼎談)「中国会社法の制定と諸問題」判例タイムズ八五七号二七頁以下、王保樹「中国会社法の制定と会社運営上の留意点」判例タイムズ八五七号四四頁など参照。
- (8) 大隅健一郎「今井宏・会社法論中巻(第三版・有斐閣・一九九二年)一八四頁以下、田中誠二・会社法詳論上巻(三全訂・勁草書房・一九九三年)六〇三頁以下、北沢正啓・会社法(第四版・青林書院・一九九四年)三七二頁以下。
- (9) 大隅「今井・前掲(注8)一八八頁。
- (10) 北沢・前掲(注8)三七三頁。
- (11) 一般にこの可能性が認められている。その代表的な説として、北沢教授の「総会の招集決定のように性質上総会の決議事項とならないものは別として、いかなる事項も定款で総会の決議事項となしうと解すべきである。……しかし、取締役会の決議事項を総会の決議事項とする程度に応じて、取締役の会社および第三者に対する責任に関する規定を株主に類推適用する必要があるであろう」という見解が挙げられよう。北沢・前掲(注9)二九二頁。
- (12) 馬思濤ほか(主編)・中華人民共和国会社法注釈(企業管理出版社・一九九四年)八八頁以下、卞耀武(主編)・中華人民共和国会社法百問題解答(人民日報出版社・一九九四年)一三八頁以下参照。
- (13) 国家経済体制改革委員会政策法規司ほか(編)・会社法講話(企業管理出版社・一九九四年一月)四四頁。
- (14) 酒巻ほか・前掲(注7)一九頁。
- (15) これについて、王保樹「株式会社における取締役および取締役会」外国法訳評(北京)一九九四年一月号六頁。
- (16) 同教授の論文は、統一会社法が採択される直前に提出されているため、新しい会社法とは当然その直後に制定された統一

会社法のことを指すと思う。

(17) 王保樹・前掲(注15)一頁以下。

(18) また、その他の会社法規においては、列挙されている取締役会の職権のなかに、定款によるその他の職権というものが含まれているが、統一会社法はこのような定め方をせず、それを定款の記載事項の一つとして挙げている。本質的には同じであると言えるが、定款の記載事項に法的根拠を与えるためにも、その他の会社法規のように、「定款によるその他の権限」という定め方を採用すべきであろう。

(19) 酒巻・前掲(注6)八頁。また、改革開放以来最初に取締役会制度を取り入れた合併企業における取締役会の形骸化問題について、①合併企業の取締役会は合弁当事者間の意見調整の場として設置され、会社の業務執行に関する意思決定の機能は重視されていないこと、②合併企業法の取締役会の権限などに関する規定が明確ではないこと、③取締役会と会社代表者との権限関係が不明確であること、などが原因で相当に形骸化されていると指摘したうえ、したがって、このような問題を解決し、取締役会の業務執行機関としての機能を確保するために、一九九二年に制定された株式規範は、会社の経営に関する重要な事項、たとえば、会社の重要な財産の担保、リース、請負および譲渡、また会社の支配人の選任・解任、その報酬の決定などを取締役会の専属権限として定めたと分析している見解もある。これについて、王進生・前掲(注1)七三五頁以下参照。

(20) 北沢・前掲(注8)三七五頁以下。

(21) 北沢・前掲(注8)三七五頁。

(22) 実は、日本においても取締役会の決議につき、定款で可否同数のときは議長の決するところによる旨を定めうるかが問題となり、これについて、議論されており、多数説は、取締役会が業務執行に関する意思を迅速かつ的確に決定すべき性格のものであること、株主総会におけるほど各取締役の議決権の平等を強く要請する必要がないこと、このような規定は会議体における通常の法則ともいうべきものであることなどを理由として、このような定款の定めは有効であると解しているが、このような定款の定めは、決議要件を軽減するものとして無効であると解する見解もある。これについて、北沢・前掲(注8)三七八頁参照。

(23) 北沢・前掲(注8)三七八頁以下。なお、同教授は、このような解釈に対して、基本的に賛成しながら、取締役の持回り決

議の方法に総株主が同意している場合にも同様に解釈するのは疑問であると強調し、いわば総株主の同意があれば、取締役の持回り決議の方法を否定する必要はないという見解を示している。

(24) 北沢・前掲(注8)三七九頁。

(25) 北沢・前掲(注8)三八〇頁。反対説として、判例は、取締役会に出席した取締役が各自の取分につき表決に加わり、または特定の取締役にその処分方法を一任することは、取締役全体の一般的事項を議するものであって、ある特定の取締役にのみ関する事項を議決する場合に見られるような利害が対立するものではないから、特別利害関係者が議決権を行えないというのに該当しないとしたが、これは正当ではない。各取締役の取分を決定する場合には各取締役は自分の取分を決する決議については特別の利害関係を有する者として議決権を行使できないと思う。あるいは、この場合には、各取締役間の利害衝突はあっても、会社と取締役との間の利害衝突はないとの見解もあるが、たとえ、報酬の総額は既定としても、その中の一定額を会社が取締役に支払うという点で、やはり利害衝突があるし、当該取締役は「決議ニ付特別ノ利害関係ヲ有スル者」であると解しうると思う、と主張している見解もある。これについて、田中(誠)・前掲(注8)五七二頁注5六〇〇頁参照。

(26) ただし、昭和五六年改正前の日本の商法は、同時に、議決権の行使が禁止されている特別利害関係人たる株主の利益を保護するために、当該株主の議決権の不行使により著しい不当な決議がなされたときは、その株主は不当決議取消・変更の訴えを提起しうると定めていた(改正前商法二五三条)が、海南株式条例には、株主を保護するような規定が定められていない。

(27) 議事録への異議記載により証明される旨が明確に定められてはいないが、取締役の決議に対する責任は議事録に基づいて負うものとすることが明らかにされているため、ここで言う証明とは議事録での異議記載によることを意味するものと思われる。

(28) 北沢・前掲(注8)三三八頁など。

(29) 馬思濤ほか・前掲(注12)九五頁。

(30) これについて、石少侠・会社法(吉林省人民出版社・一九九四年)二四一頁以下参照。

(31) 北沢・前掲(注8)三八三頁。

(32) 馬思濤ほか・前掲(注12)八七頁。ただし、これは、総会および取締役会の違法な決議による違法行為および利益侵害行為

に対する株主の差止訴権を認めたものであると解している見解もある。これについて、鄒瑜（主編）・中華人民共和国法律
 釈義全書民商法卷（法律出版社・一九九五年）四七七頁参照。

(33) 単独執行体制とは、原則として各取締役が会社の業務執行・代表権を有することをいう。したがって、このような業務執行体制のことは一般に取締役の各自単独代表の原則とも呼ばれ、取締役の業務執行機関としての性質について、取締役は、会社の業務執行を職責とする会社の通常かつ常置の機関であり、会社の業務執行機関であると解されていた。これについて、田中耕太郎・会社法概論（再訂増補・岩波書店・昭和八年一月）四九二頁。

(34) その権限については、一般にこれは会社の業務執行に関する会社の意思決定をなすことであると解されている。北沢・前掲（注8）二八〇頁以下。

(35) 北沢・前掲（注8）三三三頁。

(36) 一般にこれは代表取締役の包括的権限と呼ばれ、具体的には代表取締役の会社代表権と業務執行権に分けて分析されている。これについて、北沢・前掲（注8）三八八頁以下、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法（第三版・有斐閣・一九九四年）二八三頁以下など参照。

(37) 北沢・前掲（注8）二八〇頁、鈴木・竹内・前掲（注36）二六六頁など。

(38) 北沢・前掲（注8）三四九頁のほか、大隅・今井・前掲（注8）一四六頁以下。

(39) 加美和照（編著）・取締役の権限と責任（中央経済社・一九九四年）一〇頁以下参照。

(40) 並立機関説と発生機関説の詳細について、酒巻俊雄「業務執行機関の権限」竹内昭夫・龍田節（編）・現代企業法講座三（東京大学出版会・一九八五年）二七三頁以下、加美・前掲（注39）一二頁以下参照。

(41) 資本金集中・企業集中による企業の所有と経営・支配の分離と株式会社の機関構造の变革との関係の詳細について、大隅健一郎・新版株式会社法変遷論（有斐閣・一九八七年）のほか、北沢正啓「所有と経営・支配の分離と株式会社法の展開」同・株式会社法研究（有斐閣・一九七六年）二〇三頁以下参照。

(42) 商法二七四条による総会決議取消の訴えの提起権、二五二条による決議不存在・無効確認の訴えの提起権、二八〇条ノ一五による新株発行無効の訴えの提起権、三八〇条による資本減少無効の訴えの提起権、四一五条による合併無効の訴えの提起権、四二八条による設立無効の訴えの提起権などを指す。

(43) 改革以来、初めて取締役会を取り入れたのが中外合併企業法である。中外合併企業においては、企業組織形態として有限会社とすると定めているにもかかわらず、社員総会のような企業の所有者によって構成される機関が認められておらず、中国側の出資者と外国側の出資者の派遣による取締役全員によって構成される取締役会の設置が要求されているばかりでなく、取締役会は合併企業の最高意思決定機関であると定められているため、合併企業における取締役会の法的性質などについて活発な議論が巻き起こされている。このような議論について、王進生・前掲(注1)七一八頁以下参照。また、既存企業の株式化を規制対象とする一九八〇年代後半の会社立法と一九九二年以後の正式の会社立法においては、いずれも企業の所有者による会社の機関として株主総会の設置を定めているだけでなく、それを会社の最高意思決定機関としているほか、会社の業務執行機関として取締役会の設置を要求している。これらの立法における取締役会の設置の趣旨については、企業における所有と経営の分離、ひいては企業と政府行政機関との分離を図るためであるとし、しばしば言われている。

(44) 酒巻・前掲(注6)八頁。

(45) 王保樹・前掲(注7)四四頁。

(46) 深圳株式規定と株式規範における総会の普通決議に関する規定の用語については、一方が「半数以上」という表現を用いている(深圳規定一〇三条)のに対して、他方は「二分の一以上」という表現を使っている(規範四六条一号)。実質的には、同様であって、両者はいずれも総会の普通決議は会社の株式総数の半数以上を有する株主が出席し、出席株主の議決権の半数以上の多数をもってなすものとしていると言える。

(47) 同条例における特別決議とは、株式総数の三分の二以上の株式を有する株主の出席と出席株主の議決権の三分の二以上の多数が要件とされているものである(同条例一〇二条)。

(48) 同条文は、括弧注の形で、累積投票制について株主総会が五名の取締役を選任するとすれば、一〇〇の普通株を有する株主は、五〇〇の議決権を有することとなり、そして当該株主は、その五〇〇の議決権を集中的にある取締役の候補者に投票し、その他の候補者に一票も投じないことができる(同規定二六条)。

(49) 北沢・前掲(注8)三五二頁。

(50) 昭和六十一年に法務省民事局参事官室から公表された商法・有限会社法改正試案においては、一定規模以下(たとえば資本金一億円未満かつ負債総額一〇億円未満)の株式会社の取締役は二名で足りることが提案されたことがある。

- (51) 北沢・前掲(注8)三六三頁、前田庸・会社法入門(第四版・有斐閣・一九九五年)三一頁以下など。
- (52) 馬思濤ほか・前掲(注12)九一頁以下。
- (53) また、日本では、昭和六十一年に法務省民事局参事官室から公表された商法・有限会社法改正試案において、取締役の数が少なくてよいとすると、取締役が欠けたり、取締役の病氣、行方不明などのために業務が停滞することが多くなるため、仮取締役の制度の改善についてなお検討する必要があると強調されていることが明らかにされている。これについて、北沢正啓・会社法改正試案解説(税務経理協会・昭和六十一年七月)四四頁。
- (54) 前田庸・前掲(注51)三〇五頁。
- (55) 北沢・前掲(注8)三五二頁。
- (56) 北沢・前掲(注8)三五〇頁以下。なお、同教授は、法人の取締役欠格の可否問題については、一般に発起人たりうると解され、かつ法律で更生管財人たりうると規定されている法人が、取締役たりえない理由はないであろうという見解を示している。
- (57) 石少侠・前掲(注30)二三三頁以下。
- (58) 王保樹・前掲(注15)三頁。
- (59) 王保樹・上掲四頁。
- (60) 一般に、前者は日本民法上の「禁治産者」と訳され、後者は「準禁治産者」と訳されているが、適切かどうかはなお検討を要する問題であろう。
- (61) 王保樹・前掲(注15)三頁以下。
- (62) 王保樹・前掲(注7)四四頁。
- (63) 王進生・前掲(注7)二三三頁参照。
- (64) 同規定は、一九八六年の民法通則の公布に合わせて制定された「中華人民共和国企業法人登記管理条例」によって廃止された(同条例三九条)。
- (65) この体制の意義については、王進生・前掲(注1)七三九頁以下参照。
- (66) 王進生・前掲(注7)二三四頁以下。

- (67) 王進生・前掲(注7)二三一頁以下。
- (68) 日本では、支配人の代理権と会社の代表権の区別については、いずれも営業に関する一切の裁判上・裁判外の行為をなす包括的かつ画一的な権限を有するが、株式会社の代表取締役、有限会社の取締役、合名会社および合資会社の無限責任社員は、会社の機関であって、商業使用人ではないこと、その権限が代表権であって、会社の全営業に及び、営業所単位の限定を受けない点で、支配人の代理権と相違していると論じられている。これについて、鴻常夫・商法総則(全訂第四版補正二版・弘文堂・一九九四年)一六二頁。
- (69) 酒巻・前掲(注6)九頁参照。
- (70) 酒巻・前掲(注6)九頁、王進生・前掲(注7)二二八頁、同・前掲(注1)七四四頁参照。
- (71) この図式について、これは「会社代表の法定単一制」であると定義し、中国の会社法における取締役会の組織構造の特徴の一つであると評価している見解もある。これについて、王保樹・前掲(注15)二頁。
- (72) 李飛(奥島孝安監修)「中国における中外合弁事業の法規制(下)」国際商事法務一五巻四号二三五頁、王進生・前掲(注1)七三五頁以下。
- (73) 江平(主編)・会社法教程(法律出版社・一九八七年)一七八頁以下、石少侠・前掲(注30)二四九頁以下。
- (74) 馬思濤ほか・前掲(注12)九六頁以下。
- (75) 吳敬蓮ほか・大中型企業改革現代企業制度の確立(天津人民出版社・一九九三年)一九一頁以下、李明義・株式制と社会主義市場経済(中国政法大学出版社・一九九三年)二二二頁以下参照。
- (76) 明治四四年改正と昭和一三年改正におけるかような変化については、北沢・前掲(注41)二二六頁・二二九頁参照。
- (77) 北沢・前掲(注8)三八三頁以下、鈴木竹雄・会社法(全訂第五版・弘文堂・一九九四年)一九〇頁以下、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二〇七頁・二〇八頁・二二二頁以下。
- (78) 北沢・前掲(注8)三八九頁以下。
- (79) 鈴木・前掲(注77)一九二頁以下、北沢・前掲(注8)三八九頁のほか、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二〇四頁参照。
- (80) ただし、営業の全部または重要な一部の譲渡について、会社は善意の譲受人に対して無効を主張することができないと強調している。鈴木・前掲(注77・全訂第C2版)一六五頁参照。

(81) ただし、取締役会の承認を得ないでなされた利益相反取引は無効であるが、会社は、第三者に対してその無効を主張する場合には、第三者の悪意を立証すべきであると強調している。鈴木・前掲(注77)一九五頁。

(82) 鈴木・前掲(注77)一九二頁。

(83) 大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二〇四頁、前田庸・前掲(注51)三六五頁以下。

(84) 北沢・前掲(注8)三八九頁以下のほか、四一三頁以下・五二四頁以下・六〇三頁参照。

(85) 心理留保説につき、松田二郎Ⅱ鈴木忠一・逐条株式会社法上(弘文堂・昭和二六年)二八四頁・二八九頁、松田二郎・会社法概論(岩波書店・昭和四三年)二一六頁。なお、最高裁判所の判例として最高裁判所判決昭和三八年九月一日民集一七卷八号九〇九頁など参照。権限濫用説につき、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二一七頁参照。

(86) 北沢・前掲(注8)三九二頁、上村達男「代表取締役の権限濫用行為・専断的行為の効力」北沢Ⅱ浜田(編)・商法の争点Ⅰ(有斐閣・一九九三年)一四三頁。

(87) 北沢・前掲(注8)三九五頁、鈴木・前掲(注77)一九二頁など。

(88) 日本の取締役会長という名称に関するある調査によると、ダイヤモンド社編・ダイヤモンド会社職員録(全上場会社版、一九九三年、上・中・下)のなかで取り上げられた二、一〇社の上場会社の中に、会長が代表取締役の地位に就き、いわゆる代表取締役会長の人数は、八五八人に達し、会社総数の四一%を占めている。また、代表取締役副会長は、八二人もいる。他方、単なる会長は、一五一人となって、会社総数の七%を占めている。取締役会長はわずか四人しかないという。これについて、王進生・前掲(注7)二三六頁注5のほか、酒巻ほか・前掲(注7)判例タイムズ八五七号一七頁参照。

(89) 清河雅孝「法定代表者及び従業員の経営活動に関する中国企業法人の責任」産大法学二三卷一号四六頁以下。

(90) 王進生・前掲(注7)二二八頁・二四〇頁。

(91) 酒巻・前掲(注6)九頁。

(92) 実は、この時点では、「法定代表者」という概念にまだ統一されておらず、上述のような「法定代表」とか「法人代表」などの概念が用いられているが、「法定代表」については、これは、「法定代表者」とまったく同様な概念であると言われているし、「法人代表」の概念を用いた法規も、工場長、經理、董事長がこれに就任することを定めているため、これも「法定代表者」と同様な概念であると考えてよいであろう。

- (93) 清河・前掲(注89)一〇頁。
- (94) それまでの一部の会社法規には、「経理は定款または取締役会の授權に基づいて以下の職權を行使する」という条文が置かれていたため、同条文のもとに列挙されている経理の諸權限は、定款または取締役会の授權範圍を示したもののか、それとも定款または取締役会の授權がなくても経理の行使しうる基本的權限を列挙したものか、やや不明確である。しかし、株式規範では、「経理は定款に別段の定めがなければ、以下の權限を行使するもの」と定められており、また、深圳株式条例は、経理の日常經營管理業務のみに対して「定款または取締役会の授權による」という制限を加え、経理の他の權限、たとえば株主總會・取締役会の決議の実行、会社の他の經營管理職員の選任・解任などについては同様な制限を加えていない。統一会社法は経理のすべての權限についてこのような制限を加えていない。このような立法の変遷から考えれば、上記の経理のすべての權限に対して「定款または取締役会の授權に基づいて」という制限を加えた会社法規に列挙されている経理の權限は、定款または取締役会の授權範圍を示したのではなく、経理の權限の法定化を意味するものであると解すべきであろう。
- (95) 王進生・前掲(注7)二一七頁以下、白国棟「中国会社法上の監査制度」判例タイムズ八五七号五六頁。
- (96) 清河・前掲(注89)一〇頁、王進生・前掲(注1)七三九頁・七四三頁注8参照。
- (97) 一部の學説は、会社の代表機關は取締役会であり、取締役会において選任される董事長は、取締役会の全權代表として代表權を行使するだけであると解している。これについて、江平・前掲(注73)一七五頁、石少俠・前掲(注30)二二八頁以下。
- (98) 白国棟・前掲(注95)五六頁。
- (99) 王進生・前掲(注7)二二三頁。
- (100) 上掲二四二頁。
- (101) 王進生・前掲(注1)七四三頁注8、清河・前掲(注89)一〇頁、酒卷・前掲(注6)九頁など参照。
- (102) 清河・前掲(注89)一〇頁。
- (103) 王進生・前掲(注1)七四三頁注8参照。
- (104) 清河・前掲(注89)一〇頁。
- (105) 一九八八年に制定された福建株式規定にも、前述のように「株式制企業は、原則として董事長が直接に法定代表者の權限を行使する。ただし、一部の企業においては、取締役会の授權により経理が企業の法定代表者に就任しうる」と定められている。

る（同規定三五条）。ここに言う「一部の企業」とは、いかなる企業のことか、不明確であるが、これも、おそらく企業外部の者が董事長を兼任する企業を考慮したものであると推測することができよう。

- (106) 統一会社法は、取締役会の閉会中において董事長は取締役会の一部の権限を行使することができると定めている（会社法一二〇条一項）ため、董事長による授権も可能である。

- (107) これについて、王進生・前掲（注7）二四三頁。なお、同氏は、合併企業では董事長が法定代表者に就任できない場合、副董事長またはその他の取締役に授権して代表させることができる。条文は代表させると書かれているが、もし董事長の授権を必要とすれば、それは会社を代表するのではなく、代理するといわざるをえない。この代表と代理の混乱は、董事長の権限授権に限られるだけでなく、合併企業では、總經理が設置され、總經理は対内的に日常の業務執行を行い、対外的に取締役会の授権の範囲内で会社を代表すると規定されている。しかし、董事長の授権と同様に、もし取締役会の授権が必要であれば、總經理は会社を代表するのではなく、会社の代理しかないことになる、と論じている。正当であると考えるが、代理権であれば、すべて具体的な授権によるものであると解するのが妥当であるかどうかは、疑問のあるところである。たとえば、日本の商法における支配人の包括的かつ不可制限的代理権は、法定の代理権であって、具体的な授権行為によるものではないと言えよう。

- (108) これについて、王保樹・前掲（注15）二頁。なお、同教授は、董事長一人を会社の法定代表者として定めている規定として、株式規範五九条と深圳株式条例九九条二項（実際は一〇一条である）を引用しているが、董事長が就任不能のときの副董事長の法定代表者代理の問題について具体的な条文を引用していない。おそらく深圳株式条例のほか、海南株式条例および広東条例などの規定を指していると思われるが、株式規範には同様な規定が置かれていないことに注意すべきであろう。

- (109) 株式規範では、定款に別段の定めがなければ、經理は会社を代表して対外的な業務執行を行う権限を有すると定められているが、定款における別段の定めとは、いかなることを意味するのかがやや不明確である。

- (110) 王進生・前掲（注7）二二九頁。

- (111) 王進生・前掲二二三頁、白国棟・前掲（注95）五六頁。

- (112) 清河・前掲（注89）四六頁以下、酒巻・前掲（注6）九頁。

- (113) 中国法における「会社代表の法定單一制」の不合理性は多くの学説の指摘するところである。これについて、王保樹・前

掲(注15)二頁、同・前掲(注7)四四頁、酒巻ほか・前掲(注7)一八頁参照。なお、志村教授によれば、日本の大手建設会社と商事会社には一〇人前後の代表取締役が置かれているという。

(114) 酒巻俊雄「業務執行機関の権限」竹内昭夫・龍田節(編)・現代企業法講座三(東京大学出版会・一九八五年)二六七頁以下。

(115) これについて、鈴木・前掲(注77)一八九頁、北沢・前掲(注8)三八五頁。

(116) 王進生・前掲(注7)二四一頁以下。

(117) 董事長の形骸化の原因については、董事長の兼任が最大の原因としてしばしば指摘されているが、それならば、董事長の兼任を防ぐ措置を講じれば足りる問題であり、実は、深圳株式規定が、董事長が会社外部の者により兼任される場合には、定款に經理が会社の法定代表者になる旨を定めるべきであると定めたのも、かような措置の一つであると考ええる。また、一九八五年に公布された国家工商行政管理局の「会社登記管理規定の施行の若干の問題に関する通知」には、会社の代表者である董事長または經理は当該会社の専任者でなければならぬと定められていることも明らかにされている。これについて、清河・前掲(注89)一七頁注18参照。

(118) この問題は、すでに一部の学説において指摘されている。王進生・前掲(注7)二四二頁以下、清河・前掲(注89)一一頁参照。なお、王進生氏は、市場經濟の發展に伴って企業の規模も拡大され、實際上において複数の代表者が必要になるため、会社法における取引の安全保護に関する法整備もかならず不可欠ことになる。しかし、これに関する会社法の整備は民法通則上の取引の安全保護に関する条文と深く関連しているため、民法通則において表見代理の制度を設けるのが急務であり、会社法においては、立法者は、董事長の法定代表者就任とか總經理あるいは經理の法定代表者就任とか、などについては、積極的に規定すべきではなく、それを会社側の判断に任せるべきであると提案している。

(119) 各種の会社組織形態の確立に対する立法意図については、中国も、日本と同様に、株式会社を大規模な共同企業の形態として予定しているのである。これは、株式会社の設立における最低資本金に対する法の要求を見るだけで理解しうる問題である。たとえば、統一会社法は、有限会社について業種による差異があるものの、人民幣一〇萬元ないし五〇萬元(現在の日本円との交換レートによれば、約日本円一三〇萬元ないし六五〇萬元にあたる)の設立時の最低資本金を要求しているのに対し、株式会社については、人民幣一、〇〇〇萬元(約日本円一億三、〇〇〇萬元)の設立時の最低資本金を要求してい

る（会社法二三条二項・七八条二項）。

- (120) 中国においては、会社の定款および登記簿の公開主義が徹底されていないため、定款または登記簿による会社法定代表者の確認はきわめて困難であり、したがって、取引の安全保障を強化するための定款および登記簿の公開制度を整備する必要があると指摘されている。これについて、王進生・前掲（注7）二四五頁、清河・前掲（注89）九頁。

- (121) 王進生・前掲（注7）二四四頁。

- (122) 日本で、表見代表制度を設けた昭和一三年商法改正前の状況については、取締役のなかの一人だけを代表取締役としてその登記をしておいて、他の者には専務または社長の名称を付与して事実手形振出その他の取引をその専務または社長が会社代表者のような顔をして行い、後日問題になると代表取締役は一人であるという登記簿の謄本を提出して会社の責任を回避せんとする弊害が見られ、このような弊害を防止するために昭和一三年の商法改正は表見代表制度を設けたと強調されている。山口幸五郎・新版注釈会社法（六）（有斐閣・一九八七年）一八二頁以下。

- (123) 王進生・前掲（注7）二一八頁以下・二四三頁以下。

- (124) 鴻常夫・前掲（注68）二三頁―二四頁・二六頁以下参照。

- (125) 山口幸五郎・前掲（注122）一八五頁以下。

- (126) 中国の会社法規のほとんどが経理に対しても取締役とまったく同様な義務および責任を課している。これは、会社経営者の義務責任制度上の問題の一つであると言えよう。

- (127) 北沢・前掲（注41）二二三頁―二四頁・二一六頁。

- (128) 王保樹・前掲（注15）五頁。

- (129) 中国法上の取締役の義務および責任の法的性格の究明の困難さに対する指摘として、酒巻・前掲（注6）一〇頁以下参照。

- (130) これは、昭和二五年の商法改正により設けられた規定であり（現行商法二五四条ノ三）、その背景について、浜田道代教授は、「昭和二五年における本条新設が、占領当局のインシヤティブにより忠実義務というアメリカ会社法上の重要概念を日本に導入しようとい図するものであったという推測は、前後の事情から十分にうなずきうるところである。ことに昭和二五年改正は、アメリカ法にならって取締役会制度を導入し、取締役の権限を強化したのであるから、それに対応して取締役の義務をアメリカ法にならって強化しようとしたのが本条新設の趣旨であったと理解して差し支えないであろう」と述べて

いる(浜田・新版注釈会社法(六)二八頁)。

(131) 森淳二郎「取締役の善管注意義務と忠実義務」北沢Ⅱ浜田(編)・商法の争点(I)一三六頁以下参照。

(132) これは、経営判断の法則と呼ばれ、アメリカの判例法において発展してきたものであり、取締役が会社および彼自身の権限内においてある決定を下した場合に、その決定に合理的な根拠があり、かつ彼が会社の最良の利益であると誠実に信じた事柄以外には影響を受けずに、彼独自の裁量と判断の結果として当該決定を下したのであれば、裁判所は、取締役の経営事項については干渉しないし、裁判官の判断をもって取締役の判断に代替せしめることはしないというものである、とされている。これについて、近藤光男・新版注釈会社法(六)二七六頁参照。

(133) かかる異質論の主要な提唱者としては、北沢・前掲(注8)三九九頁以下、田中(誠)・前掲(注8)六一九頁以下、赤堀光子「取締役の忠実義務(一)」(四)法学協会雑誌八五巻一号一四号など参照。そのうち、田中教授は、その具体的な理由として、①商法は二五四条三項とは別に二五四条ノ三を設けていること、②継授法解釈の原則としてはこの立法の当時に考慮された母法に重きを置くべきであること、③二五四条ノ三が規定された昭和二五年商法では、取締役の義務および責任がいつそう厳格化されたこと、④取締役の私利を図ることを防ぐ必要、特にいわゆる社用族の抑制の必要があること、⑤忠実義務は、商法の成文法規定の明定している場合以外の取締役の義務を明らかにするのに役立つことを挙げている。また、英米判例法上の取締役の忠実義務と日本商法上のそれとの関係について最も詳細な研究を行った赤堀光子氏の著名な論文「取締役の忠実義務」の概要について森本滋教授は、以下のように紹介している。すなわち、①日本民法の受任者にも、英米法にいう忠実義務と同じ義務を負うことを承認しているため、忠実義務を注意義務に含めるかどうかは用語の問題というべきであるが、商法の二五四条ノ三は、特に取締役の忠実義務を定めた規定であると解することによって、とかく看過されがちであった会社・取締役間の利害衝突の問題が明確の形で提起されうるという実際上の理由に加えて、取締役の注意義務と忠実義務とはその性質・機能を異にし、それに応じて異なった法的処理が要求されるために、少なくとも理論上は両者を区別すべきであるという理由に基づいて現行法の解釈として商法二五四条ノ三は忠実義務を定めたものと解すべきこと、②商法二六四条・二六五条などの個別規定の適用対象とはならないが、忠実義務違反として追及しうる取締役の行為の例には、(a)商法二六五条の適用外にあるがそれと類似する取引、(b)競業取引に該当しないいわゆる会社の機会に属する取引、(c)秘密の取引、(d)取締役の地位を利用した支配権譲渡などが挙げられていること、③立法論として、「取締役はその職務遂行に関係

するすべての行為について会社のためにのみ行動すべきであり、彼がその職務において得た利益はすべて会社に属せしめられる」という規定を設けて、忠実義務の内容および義務違反の効果を明確化すべきであることなどである（森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌八一巻四号四六七頁以下）。

- (134) 同質論については、最高裁判所大法廷昭和四五年六月二四日判決民集二四巻六号六二五頁のほか、大隅Ⅱ今井・前掲（注8）一六四頁以下、近藤光男「取締役の経営責任」竹内Ⅱ龍田（編）・現代企業法講座（三）二九五頁以下、同・新版注釈会社法（六）二六〇頁以下、森本滋・前掲（注133）四五五頁以下など参照。特に森本教授は、その論文の結語において「忠実義務論を特に採用する実益はない。会社の利益ないし取締役の会社に対する義務と取締役の個人的利益ないし会社外の義務の間に對立関係がある場合の法的処理は、会社法の個別規定や善管注意義務の弾力的解釈によって十分に可能である。忠実義務論を採用することによって、特別の法的効果をもたらすことはできない。逆に、商法二五四条ノ二は英米法上の忠実義務を導入したものであることを強調することによって、取締役のいわゆる注意義務緩和論の不当な拡大に道を開き、取締役の利害関係取引の法的取扱いを不当に厳格にする危険がある」と述べている。

- (135) 森淳二郎・前掲（注131）一三六頁以下。

- (136) 森本滋・前掲（注133）四七二頁以下。

- (137) 北沢・前掲（注8）三九九頁。

- (138) 赤堀光子・前掲（注133）法学協会雑誌八五巻四号五六七頁。

- (139) 大隅Ⅱ今井・前掲（注8）一六五頁。

- (140) 上掲二五二頁、近藤光男・前掲（注132）二七九頁。

- (141) 中川和彦「取締役の監視義務と取締役会の監督権限」北沢Ⅱ浜田（編）・商法の争点（I）一三八頁。なお、代表取締役の監視義務について、取締役会が業務執行の意思決定と監督を行い、代表取締役が業務執行自体と会社の代表にあたる現行制度のもとにおいて、広く会社業務の全般にわたって意を用いるべき代表取締役に監視義務があることは言うまでもないと、会社の業務執行機関であるという代表取締役の地位から代表取締役の監視義務を強調する見解もある。これについて、北沢・前掲（注8）三九九頁以下。同旨の主張について、大隅Ⅱ今井・前掲（注8）二五二頁参照。

- (142) 北沢・前掲（注8）三九九頁以下、大隅Ⅱ今井・前掲（注8）二五二頁、近藤光男・前掲（注132）二八二頁のほか、東京高等裁

判所昭和四一年一月一日判決判例タイムズ二〇五号二五二頁。

(143) 中川和彦・前掲(注141)一三八頁。

(144) 上掲一三八頁、近藤光男・前掲(注132)二八二頁以下。

(145) 判例について、東京地方裁判所昭和三年五月一三日判決下民集八卷五号九二三頁、同昭和三年一月二八日判決下民集九卷一十一号三三四二頁。学説について、大阪谷・株式会社法講座三卷一一二〇頁、谷川・ジュリスト二〇九号八五頁。

(146) 北沢・前掲(注8)四〇〇頁、菅原菊志・取締役・監査役論(商法研究Ⅰ)(信山社・一九九二年)八七頁、本間輝雄・注釈会社法(四)四四四頁、田中(誠)・前掲(注8)六八四頁以下。

(147) 近藤光男・前掲(注132)二八一頁。

(148) 近藤光男・前掲(注132)二八一頁。

(149) 菅原菊志「現代株式会社における取締役の地位とその監視義務」企業法研究一〇周年論文集二二二頁、本間・注釈会社法(四)二六六頁、青竹正一「最近の判例に見る名目的取締役の対第三者責任」民商八二卷三三三八頁。

(150) 河本一郎「取締役の民事責任追及の法的仕組と機能」私法四二号九七頁、中川和彦・前掲(注141)一三九頁。

(151) 北沢・前掲(注8)四三三頁、同旨の主張について、加美和照・新訂会社法(第五版・勁草書房・一九九六年)二七九頁以下。

(152) 北沢・前掲(注8)四〇一頁以下、鈴木・前掲(注77)一九四頁、大隅(今井・前掲(注8)二二四頁など。

(153) 北沢・前掲(注8)四〇二頁、星川長七「取締役の競業禁止義務」早稲田法学三九卷一号一五六頁。

(154) 森本滋・前掲(注133)四七三頁。なお、ほぼ同様な趣旨から、取締役は会社に対し善良なる管理者の注意をもってその職務を遂行する義務を負うから取締役がその地位を利用し会社利益の犠牲において私利を図ることが許されないのは当然であると論じている見解もある。これについて、大隅(今井・前掲(注8)二二四頁以下。

(155) 神作裕之「法における競業禁止の法理」私法五三三三〇七頁以下、同「取締役の競業禁止義務に違反する場合」北沢(田(編)・商法の争点(一)一四八頁以下。

(156) 森本滋「取締役の競業禁止義務の立法論的検討」法学論叢一〇六卷一号七頁。

- (157) 北沢・前掲(注8)四〇二頁以下、同旨、前田庸・前掲(注51)三二七頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二二五頁。
- (158) 大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二二六頁。
- (159) 北沢・前掲(注8)四〇三頁・四〇六頁以下、前田庸・前掲(注51)三二七頁、田中(誠)・前掲(注8)六四五頁以下、本間輝雄Ⅱ古瀬村邦夫(編)・会社法(第五版・法律文化社・一九九五年)二二五頁。
- (160) 北沢・前掲(注8)四〇四頁。
- (161) 稲葉威雄・改正会社法(金融財政・一九八三年)二〇七頁、竹内昭夫・改正会社法解説(新版)一四三頁、本間Ⅱ古瀬・前掲(注159)二一五頁。
- (162) 神作裕之・前掲(注155)北沢Ⅱ浜田(編)・商法の争点(Ⅰ)一四九頁。
- (163) 前掲一四九頁。
- (164) 北沢・前掲(注8)四〇八頁。
- (165) この介入権の行使によっていかなる効果が生じるのかについて見解が分かれている。判例・通説は、介入権行使の効果は会社と取締役の内部関係における債権的なものであり、取締役が違反取引の経済的效果を会社に帰属させる義務を負うにとどまり、会社が取引の相手方に対して当然に直接の当事者となるものではないといういわゆる「債権的帰属説」を主張しているのに対し、場合によって物権的効力を認めるべきであると主張する、いわゆる「物権的帰属説」がある。「債権的帰属説」については、北沢・前掲(注8)四〇五頁、田中(誠)・前掲(注8)六四八頁、大隅健一郎Ⅱ今井宏・会社法論上巻(第三版・有斐閣・一九九一年)一〇三頁、最高裁判所昭和二十四年六月四日判決民集三卷七号二三五頁。「物権的帰属説」の詳細については、島袋鉄男「商法二六四条の介入権行使の効果」北沢Ⅱ浜田(編)・商法の争点(Ⅰ)一五〇頁以下参照。
- (166) 取締役会社間の取引・間接取引を表現する用語としては、「直接取引・間接取引」のほか、かような取引を一括して「取締役の自己取引」とか、また「取締役会社間の利益相反取引」という場合もあるから、かならずしも一定した用語が使われているとは言えないという指摘もある。これについて、田村詩子「商法二六五条の取引の範囲と違反の効果」北沢Ⅱ浜田(編)・商法の争点(Ⅰ)一五二頁。
- (167) 田村詩子・上掲一五二頁以下。
- (168) 北沢・前掲(注8)四一〇頁。鈴木Ⅱ竹内・前掲(注36)二九一頁。

- (169) 北沢・上掲四二一頁、鈴木Ⅱ竹内・前掲(注9)二九四頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二二六頁以下。
- (170) 北沢・前掲(注8)四一四頁。
- (171) 北沢・上掲四一四頁。
- (172) この問題に関する議論の詳細については、北沢・前掲(注41)二七八頁以下・二五三頁以下参照。
- (173) 田村詩子・前掲(注166)一五二頁。
- (174) 北沢・前掲(注8)四一〇頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二三四頁。
- (175) 北沢・上掲五一四頁。
- (176) 大隅Ⅱ今井・前掲(注8)六五一頁。
- (177) 商法は、取締役の刑事責任を追及するために数多くの罰則を設けており、第四八六条―五〇〇条により定められているがその中心であり、そのうち、刑罰を科される取締役の犯罪行為として、特別背任罪、会社財産を危うくする罪、不実文書行為罪、不正な株式引受・払込罪、株式超過発行罪、贈収賄罪、利益供与罪などが定められている。このほか、過料に処せられる数多くの取締役の行為が定められている。商法における罰則の詳細な解説については、本間Ⅱ古瀬・前掲(注159)四六九頁以下参照。
- (178) 北沢・前掲(注8)四二四頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五一頁、鈴木Ⅱ竹内・前掲(注36)二九六頁など。
- (179) 大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五一頁。ただし、かような意味での取締役の一般的責任の性質については、これは取締役の債務不履行に基づく損害賠償責任であり、無過失責任であると一般に解されているが、この通説に対し基本的に賛成すると同時に、さらに場合を分けて考える必要があると主張し、具体的な例として、取締役が取締役会の承認を受けずに会社と取引をした場合の当該取締役の責任は、商法二六五条一項前段違反とともに忠実義務違反の責任として無過失責任であるが、取締役会の承認を受けずに会社を代表してその取締役と取引した取締役の責任は、商法二六五条一項前段に違反する法令違反の責任ではあるが忠実義務違反の責任ではなく、過失責任であると解してよいであろうと主張する見解がある。これについて、北沢・前掲(注8)四二四頁。
- (180) しかし、この責任の性質については、多数説は、これは資本充実のために認められた責任であるため無過失責任に属すると解している。これについて、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五四頁、本間Ⅱ古瀬・前掲(注159)二二三頁、前田庸・前掲(注51)

三三〇頁など。これに対し、違法な配当および中間配当の場合は、資産の評価をはじめ会計処理についての判断の要素が重要であることなどを理由に、取締役は無過失を立証すれば責任を負わないと解する説も有力である。これについて、北沢・前掲(注8)四二三頁、近藤光男・前掲(注132)二六三頁、龍田節・会社法(第五版・有斐閣・一九九五年)八九頁。

(181) 以上について、北沢・前掲(注8)四二三頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五六頁以下。

(182) 服部栄三「取締役の責任に関する二・三の疑問」商事法務七八号三頁。

(183) 近藤光男・前掲(注132)二七一頁以下。

(184) これについて、北沢・前掲(注8)四二三頁以下、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五七頁以下。しかし、取締役のこの責任、すなわち四号の責任を取締役会の承認を得た場合に限ると不均衡な結果が生じる。けだし、五号の責任すなわち法令または定款違反の責任を追及するためには、取締役の故意または過失の存在が必要であるとされているので、取締役会の承認を得れば四号の無過失責任となり、承認を得ていなければ五号の過失責任となるからであると反論する説もある。これについて、近藤光男・前掲(注132)二七一頁以下参照。

(185) 取締役の連帯責任を規定した趣旨については、これは、取締役は取締役会における決議対象とならない事項についても監視機能を発揮すべきであり、まして決議の対象となっており発見することが容易な違法行為については、これを阻止しなかったことに基づき厳格な責任を課すべきであると考えたからであると考えられている。また、商法に連帯責任を負う者の相互間の負担部分についての規定が置かれていないことについては、原則として各取締役は平等であると考えられるが、責任原因に該当する行為をなした取締役と、ただ監視義務違反の責任が問われている取締役の間に責任の程度の差があるはずであり、それぞれの責任に応じて分担すべきであると主張されている。以上について、近藤光男・前掲(注132)二九〇頁以下参照。

(186) 上掲二九〇頁。

(187) 大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五九頁、近藤光男・前掲(注132)二九〇頁。

(188) 北沢・前掲(注8)四二三頁、近藤・前掲(注132)二九〇頁。

(189) 北沢・上掲四二三頁。

(190) ただし、いわゆる「総株主」に単位未満の株式の株主が含まれるかどうかについて解釈の対立が見られる。いわゆる総株主には、議決権のない株主は含まれるが、端株主および単位未満株主は含まれないと解する見解に対し、法が「総株主」と

していること、および責任の免除は単位未満株主の利益にも重要な関係があることなどを理由に、いわゆる「総株主」には単位未満株主も含まれるべきであると主張する見解がある。前者について、北沢・前掲(注8)四二五頁、後者について、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二六〇頁以下。

(191) 北沢・前掲(注8)四二五頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注8)二五八頁・二六〇頁など。

(192) 北沢・前掲(注41)二二六頁。

(193) かような変遷について、北沢・上掲二二四頁・二二九頁参照。

(194) 北沢・前掲(注8)五四二頁、近藤光男・前掲(注132)二九四頁など。

(195) 株式債権論の立場からこれらの権利、ことに株主の代表訴訟提起権は株主の自益権に属するものと解している見解もある。その詳細について、北沢・前掲(注41)二九一頁以下参照。

(196) ただし、株主の代表訴訟は、アメリカ法にならって取り入れたものの、①アメリカでは会社が取締役以外の第三者に対して有する請求権も代表訴訟の対象となりうるのに対し、日本ではそれが取締役の責任追及に限定されていること、また②アメリカでは株主の代表訴訟提起の請求に対して取締役会が訴えを提起しないと判断した場合にはその判断が不当でない限り株主の代表訴訟提起ができなくなるのに対し、日本ではかような会社の裁量権が認められていないことなどの点においてアメリカ法と異なっている。これについて、吉原和志「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北沢Ⅱ浜田(編)・商法の争点(Ⅰ)一五六頁参照。また、そのうち、特にかような会社裁量権の有無の問題は、株主の代表訴訟制度について最も議論されている代表訴訟の適用範囲の問題にも直接係わっているのであり、具体的に言えば、日本法にかような会社裁量権が認められていないことは、代表訴訟の適用範囲を狭く解釈する、いわゆる限定債務説の有力な根拠の一つになっている。

(197) 本間Ⅱ古瀬・前掲(注159)二二二頁、同旨、北沢・前掲(注8)四四〇頁。

(198) 株主および会社の訴訟参加の性質などについては、これを共同訴訟的当事者参加であると解釈する説と、これを共同訴訟的補助参加であると解する説の対立があり、両者の相違は、もし共同訴訟的当事者参加であれば、参加人が本訴による請求の範囲を拡大することができ、また、原告が訴えを取り下げた場合に参加人が訴訟を続行することができて、参加人の訴訟追行権能が強いのにに対し、共同訴訟的補助参加であれば、参加人はこれらのことをなしえないとい点にあり、通説は、共同

訴訟的当事者参加説をとっている。以上について、北沢・前掲(注8)四四四頁。また、株主および会社の再審の訴えを認めた趣旨について、株主および会社の訴訟参加権を認めても、原告の訴訟追行に信頼し、または原告の訴訟の提起を知らないでその参加権を行使しないこともありうるし、たとい株主および会社がその参加権を行使しても、かならずしも訴訟が妥当に追行されるとは限らないので、いったん判決が確定した以上絶対にそれを争えないものとするのは、馴合訴訟の弊害防止上、妥当ではないという考慮に出たものと解されている。これについて、北沢・前掲(注8)四四五頁以下、前田庸・前掲(注51)三四一頁以下、鈴木・竹内・前掲(注36)三〇二頁、本間・古瀬・前掲(注159)二三四頁。

(199) 原告株主に悪意のあった場合に限って会社に対する損害賠償責任を認めた規定の立法趣旨については、代表訴訟において原告株主が敗訴した場合に、同訴訟は会社のために原告株主が会社の代表機関的立場に立って行われるものであるから、その判決の効力は当然のことながら会社に及び、会社はもはや同様な訴訟を提起することができなくなる。もし取締役が責任があるにもかかわらず、原告株主の訴訟追行の不当により敗訴したのであれば、会社は敗訴株主により損害を被ることになる。しかし、法がかかる損害賠償の責任を原告株主の悪意があった場合に限ったのは、代表訴訟を認めた以上、過失の場合にまで原告株主に責任を負わせるのがその株主にとって酷であるのみならず、会社自体も、共同訴訟人として参加することによって、原告株主の不当な訴訟追行による敗訴を防止しうる立場にあることなどを考慮した結果であると解されている。北沢・前掲(注8)四四七頁以下。

(200) また、株主の代表訴訟制度について最も議論されているのは、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲の問題である。この問題に関する学説は、多数説いわゆる全債務説と少数説いわゆる限定債務説とに分かれている。多数説たる全債務説は、商法二六七条に言う「取締役の責任」には取締役が会社に対して負担する一切の債務が含まれているため、取引上の債務履行についても代表訴訟を認めるべきであるとしている。また、全債務説は、取締役・監査役間または取締役相互間の特殊な関係に基づく会社の提訴懈怠の可能性は、発生原因にかかわらず一切の債務について存在するということをその立法の最大の根拠としている。これに対し、少数説たる限定債務説は、代表訴訟が認められるかどうかは、提訴懈怠の可能性があるかどうかだけでなく、会社に対する債務の発生原因がいかなるものにかかっているのであり、したがって、商法は、その発生原因において重要かつ免除の困難な責任、または免除の不可能な責任について代表訴訟を認め、その確実な実現を期したのであると解している。また限定債務説は、その主要な論拠として会社に自ら提訴するかどうかの裁量権を認めてい

ない商法の規定のもとで、取締役が会社に対して負担する一切の債務を含めることは、株主の代表訴訟を広く認めすぎて都合であることを挙げている。以上の議論の詳細については、北沢・前掲(注41)二九三頁以下、同・前掲(注8)四三五頁以下のほか、吉原和志・前掲(注196)一五六頁など参照。

(201) 商法二七二条は、また「会社の目的の範囲内に行ない行為」も違法行為差止権の対象の一つとして掲げているが、実は、「会社の目的の範囲内に行ない行為」は定款の規定に違反する一例にすぎず、それにもかわらず、かような定め方をしたのは、英米法上において会社の目的の範囲外の行為が株主の違法行為差止権の対象として特に問題となっていることを反映したものにほかならないと解されている。これについて、北沢・前掲(注8)四五〇頁。

(202) しかし、そのうち、訴訟管轄の点については、明文の規定を欠いており、専属管轄を認めることは困難であると強調する見解もある。これについて、北沢・前掲(注8)四五三頁。

(203) 北沢・前掲(注8)四五三頁以下、前田庸・前掲(注51)三四四頁以下など。この問題に関する議論の詳細については、小島康裕「取締役の違法行為差止違反の効果」北沢・前掲(注159)二二二頁。

(204) 北沢・前掲(注8)四五三頁以下、本間・古瀬・前掲(注159)二二二頁。

(205) 以上については、龍田節・新版注釈会社法(六)三〇二頁以下、北沢・前掲(注41)二二六頁・二二七頁、同・前掲(注8)四二五頁以下・四三一頁参照。

(206) 以上の議論の詳細な整理については、北沢・前掲(注8)四二六頁以下、久保欣哉「取締役の第三者に対する責任の性質と範囲」北沢・前掲(注159)二二七頁注6、前田庸・前掲(注51)三四六頁以下参照。

(207) 商法における取締役の第三者に対する責任の規定のかような機能については、北沢・前掲(注8)四三二頁以下参照。

(208) けだし、合併企業については、法人格を有し、有限責任形態を取ることなどが明文の規定によって定めている(合併法四条、合併条例二条・一九条)からである。

(209) また、その他の経済組織の総経理・副総経理の兼任の問題については、一九九三年一〇月に対外経済合作部から公布された「中外合併企業の設立・経営の過程における関係法律問題に関する対外経済貿易部の通知」は、現在、いくつかの中外合併企業の外国側の社長が国外企業において社長などの職務を兼任しているが、これは、我が国の法律に反するものであり、

差し止めるべきであるという見解を示している。これによれば、当該規定（合併条例四〇条四項）における「その他の経済組織」には、国内経済組織のみならず、国外経済組織も含まれることになるであろう。

(210) 李飛・前掲(注72)二三八頁。

(211) これは、新中国において初めて「会社法」を冠した立法であり、しかも全国的な外資系企業立法において除外されていた株式会社を外資系企業の一形態として認めたことなどの点で最も注目された立法になった。同条例の内容の解説については、郭慶華「中国広東省経済特別区涉外公司条例の概要」国際商事法務一六卷九号七四〇頁以下・一〇号八九六頁以下参照。また、同条例に関する解題と日本語訳としては、清河雅孝「広東省経済特別区涉外会社条例」産大法学二七卷一号六九頁以下参照。

(212) この時点では当事者の刑事責任を追及するという原則を定めているだけで、具体的な刑罰に関する規定を設けていなかったため、罪刑法定主義が貫徹されていないと言わざるをえない。

(213) ただし、深圳株式規定と上海株式規定には、「会社の外部において」という表現が用いられているのに対し、株式規範と海南株式条例には、かような表現が取り除かれている。会社との競争取引は、会社外部で行われるのが当然のことであり、会社内部で行われる会社との取引は、いづれかと言えば取締役会社間の取引にあたる問題であって、競争取引とは別個の問題となるはずである。したがって、「会社外部において」という表現は、それほど意味のあるものではないであろう。

(214) ただし、海南株式条例は、經理の法令・定款、株主総会・取締役会の決議違反または権限踰越による損害賠償の責任を定める（同条例一二二条）形で間接的にこの義務を示していると言えよう。

(215) 取締役の場合は株主総会によって解任されるが、經理の場合は取締役会によって解任されると規定している（同条例五八条四号・六五条三号）。

(216) 李飛・前掲(注72)二三八頁。

(217) これは、法定代表者たる董事長以外の、いわゆる平取締役や総経理・副総経理のような会社の業務執行担当者のみを指すのか、会社の使用人、日本民法上の使用人のような者も含まれるのか、かならずしも明確であるとは言えないが、業務執行担当取締役や日常業務担当者となっている經理が含まれることは間違いないであろう。

(218) これは統一会社法の刑事罰則を具体的に定めたもので、一九九五年二月に制定・公布されたものである。

- (219) ただし、上海株式規定は、取締役・經理の有する自社株式の譲渡および所有情報の開示に関する規定を設けていない。
- (220) 同規定は、同項において新株引受人が取締役と共謀して著しく不公正な価格による新株を引き受けた場合に、その新株引受人が会社に対して公正な価格との差額を支払う義務を負うほか、会社または株主は当該取締役に対して損害賠償を請求することができるものと定めている。
- (221) この規定の第一項は、民事責任の負担方式として、侵害の停止、妨害の排除、危険の除去、財産の返還、原状回復、修理・再製造・交換、損害賠償、違約金の支払、影響の除去・名誉回復、謝罪などを挙げている。もとより、その第二項においてこれらの民事責任の負担方式は単独で用い、または併用することもできるものと定めているため、第一項に挙げられている方式は、その実行順番を示したものではないと解すべきであろう。しかし、その他の規定においては、たとえば財産の侵奪の場合については、まず財産の返還を要求し、財産の返還が不能の場合に金銭賠償を請求する旨を明確に定めているため、民事責任の実現方式として原状回復主義が中心であり、金銭賠償はその1部にすぎないと見られることを中国民法通則における民事責任法の特徴の一つと主張する見解もある。これについて、王家福『乾昭三』甲斐道太郎(編著)・現代中国民法論(法律文化者・一九九一年九月)一四五頁以下参照。
- (222) しかも、中外株式会社について、かかる不正行為または職務懈怠が同時に当該取締役・經理の解任事由の一つにもされていることは前述のとおりである。
- (223) 酒巻・前掲(注6)一〇頁参照。
- (224) 孫効良「論法人企業制度」経済研究一九九四年三月号一六頁、同「国有企業の株式制による改造における具体的な問題」中国企業管理研修センター(編)・現代企業制度の確立(企業管理出版者・一九九四年)一五五頁以下。
- (225) 呉敬蓮ほか・前掲(注75)一九三頁以下。
- (226) ただし、英米法にいわゆる信任的法律関係の適用範囲に、取締役と会社との関係のほか、取締役と株主との関係も含まれていると言われている。これについて、大阪谷公雄「取締役の忠実義務」私法一〇号七〇頁以下。ただ、取締役の義務および責任の立場から見れば、最も重要なのはやはり取締役と会社との関係であることも否定できないであろう。
- (227) 酒巻ほか・前掲(注7)一九九頁参照。
- (228) 王保樹・前掲(注15)九頁。

(229) 上掲四頁以下参照。

(230) 王教授は、注意義務と忠実義務の関係について同質説をとっている。これについて、同・前掲(注15)一〇頁。

(231) 王教授は、取締役の競業禁止義務について、株主総会への重要情報の開示義務、株主総会の承認による許容、および株主総会の承認を得た競業取引とそれをえないでなされた競業取引を区別すべきことなどに関する法整備を提案している。これについて、王・前掲(注15)一〇頁以下。

(232) 王教授とほぼ同旨の議論については、石少侠・前掲(注30)二四二頁以下参照。

(233) 酒巻・前掲(注6)一〇頁。

(234) 卞耀武・前掲(注12)一四四頁。さらに同解釈は、この一般的義務の規定について、会社は取締役・経理などの会社役員に相当の社会的地位のほか、職務および報酬を与えているから、会社の役員はその有する知識・経験および誠意をもって会社の業務執行を行い、会社の利益を図らなければならないのは当然のことである。したがって、統一会社法は、同様の趣旨から会社の役員はその地位と権限を利用して自己のために個人的利益を図ってはならないと規定したと説明している。この規定は、かような意味を有するのであれば、善管注意義務よりはむしろ英米法上の信任関係に基づく忠実義務を定めたものであるというべきであろう。ただし、英米法上のいわゆる忠実義務については、これは、受任者がその信任関係の事項に関してはもっぱら委任者のためにのみ利益を図り、いやくも自己または第三者のために優越的地位を濫用すべきではないことを要求する総括的な義務なのであると一般に解されているからである。英米法上の忠実義務については、戸塚登「英米法における取締役の忠実義務」阪大法學三三四号(昭和三五年)五七頁以下、大阪谷公雄・前掲(注228)六九頁以下参照。

(235) 取締役の会社定款の遵守義務は、あまり意義がないようにも見えるが、取締役の法令または定款違反による損害賠償責任と呼応するものであり、「義務と責任一致の原則」から、取締役の定款違反による損害賠償責任に法的根拠を与えたものであると考えるべきであろう。

(236) 英米法上の「法定信託」あるいは「強制信託」制度については、戸塚登・前掲(注236)七二頁以下、大阪谷公雄・前掲(注228)七二頁以下参照。

(237) イギリス法における取締役の自己取引の定款規定による許容制度の概要については、戸塚登・前掲(注236)六一頁以下参照。

(238) 酒巻・前掲(注6)一〇頁以下。

(239) 英米法においては、信託の受託者と受益者の関係のほか、遺産管理人・遺言執行者・後見人・代理人と本人、弁護士と訴訟依頼人、取締役と会社などの諸関係もこれにあたりとされている。

(240) 民法通則第三章第二節であり、同節によって確立されたいわゆる「企業法人」の概念については、これは、中国法が単独で発明したものであり、具体的な類型として、民法通則に定める国有企業、集団所有制企業、中外合弁企業、中外合作企業および全額外資企業(民法通則四一条)のほか、改革開放以来の各会社立法によって定められている有限会社と株式会社などがある」と強調する見解もある。これについて、王進生・前掲(注7)二二〇頁以下。

(241) 実は、王教授は、中国法における取締役の競業禁止義務の問題点として、株式規範の該当規定を取り上げて、①取締役の競業取引に関する重要な事実の開示主義が規定されていないこと、②取締役のすべての競業取引が禁止されていること、③取締役の同義務違反に対応する措置が定められていないことを挙げ、そのため同義務に関する規定は、現実においてはきわめて適用しにくいものであると指摘したうえで、同義務に関する法制度の整備として、①競業取引の範囲を明確に会社の営業と同類の営業に限定すべきこと、②競業取引をなす取締役の株主総会に対する重要事実の報告義務を明文の規定をもって定め、取締役の競業取引を株主総会の承認を条件に容認すること、③取締役の競業取引に関する株主総会の承認手続を明確に定めること、④株主総会の承認をえないでなされた取締役の競業取引については、会社の介入権を認めるほか、当該取締役の損害賠償責任を明確にすること、⑤会社の介入権の時効を定めておくことなどを提案している。これについて、同・前掲(注15)一〇頁以下。

(242) 取締役などの第三者に対する責任の問題については、王保樹・前掲(注7)四四頁、同・前掲(注15)一一頁以下参照。なお、王教授は、取締役などの第三者に対する責任に関する規定の欠如を中国の会社立法において残された課題の一つとして取り上げ、その改善の必要性について「現行会社法(統一会社法を指す)は、取締役、とりわけ取締役会会長(董事長を指す)の第三者に対する責任について規定していないが、会社が取締役会会長の過失によって第三者に損害を与える場合もあろう。現在の実務のやり方としては、取締役会会長による会社代表行為であれば、すべて会社が責任を負うことになる。これは、債権者の保護に不利をもたらすだけでなく、取締役、とりわけ取締役会会長の責任感を弱めることにもなり、会社の利益を害しかねない。したがって、取締役の第三者に対する責任規定の整備は、今後の会社立法の重要な任務の一つとなる」と述べている。

第四章 株式会社の監査制度

第一節 序説

(イ) 現代法のもとにおける自治組織の自治権原則には、当然に自治組織の自己責任原則に基づく自治組織内部の監督・監査体制も含まれることは言うまでもないであろう。かような観点からみると、日本法における株式会社の内部的監督・監査体制には、まず、会社の最高意思決定機関として、業務執行機関たる取締役の選任・解任権や、会社の計算書類の審議・承認権のほか、定款変更、会社の合併・解散、営業の全部または重要な一部の譲渡などに関する決定権を有する株主総会の監督機能のほか、設立無効訴権、総会招集権、提案権、総会・業務財産検査役選任請求権、総会決議取消訴権、累積投票請求権、取締役の解任請求権、代表訴訟提起権、取締役の違法行為差止権、新株発行差止権、新株発行無効訴権、議事録・計算書類閲覧権、帳簿閲覧権などの数多くの監督是正権が認められている株主による監督体制が確立されている。このほか、取締役全員によって構成される取締役会に各取締役の業務執行に対する監督権限が認められ、最も重要なものとして、会社の独立の監査機関として取締役の職務執行を業務と会計、または会計の面から監査する監査役・監査役会制度が確立されている。

以上のほか、昭和四九年に制定された「株式会社の監査役等に関する商法の特例に関する法律」(以下、商法特例法という)は、同法上の大会社について監査役体制の強化を図りながら、会計監査人による会計監査制度、いわゆる外部監査制度^①を導入した。すなわち、同法は、同法上の大会社の計算書類および附属明細書について、監査役の監査のほか、会計監査人(公認会計士または監査法人)による監査を強制したのである。また、商法は、会社の臨時の検査機関として、検査役について規定し、いくつかの法定事項を調査するために検査役を選任してそれに当らせること

にしている。なお、商法の幾多の改正によって逐次に整備された株式会社の経営・経理の開示体制と昭和二三年に制定された証券取引法およびその改正により確立された大規模な株式会社の経営・経理開示体制も、取締役の業務執行に対する監督の面において重要な意味を持つものであろう。

しかし、日本法における株式会社以上の監査体制は、商法の制定当初からすでに確立されたものではなく、商法が明治三二年に制定されてから今日に至るまでの長い歴史の過程において、幾多の改正を通して次第に築き上げられてきたものである。株式会社の経営・経理の開示に関する法整備を除き、その主な内容を概観すると、以下のようなものである。

(a) 株主総会および株主の監督は正権による監督体制の沿革

まず、明治三二年の商法においては、株主総会中心主義がとられており、株主総会は、会社の最高かつ万能の機関として、法令・定款に定める事項はもとより、法令・定款の規定に違反しない限り、会社のいかなる事項をも決定する権限を有し、会社の業務執行に関する事項についても決議して取締役を拘束することができる機関とされていた。株主総会の法定決議事項だけを見ても、取締役の業務執行を監督する機能を有するものとして、取締役・監査役の選任・解任権はもとより、会社の決算の承認および利益・利息の配当決定権、取締役の競業認許権および競業禁止義務違反の場合における介入権の行使決定権、新株募集手続の調査権などが定められているほか、株主の監督は正権として、少数株主権たる株主総会の招集権と各個の株主の総会決議無効訴権が認められている。

明治四四年と昭和一三年に行われた商法改正は、いくつかの点において企業における所有と経営・支配の分離の現象に対処し、株式会社の機関の分化を進展させるための改正を行ったが、基本的には、株主総会中心主義の体制を維持し、ことに昭和一三年の商法改正は、かような体制を単に維持したばかりでなく、それをさらに強化する方向を取っ

たのである。けだし、同改正により株主総会の法定決議事項が追加され、もともと取締役の決定のみでなしうるとされていた、営業の全部または一部の譲渡、営業全部の賃貸・営業の委任・利益共通契約その他これに準ずる契約の締結・変更または解約、他の会社の営業全部の譲受、取締役などの会社に対する損害賠償責任の免除のほか、事後設立および事後増資などが株主総会の特別決議事項とされたからである。³⁾

日本の商法において、企業の所有と経営・支配の分離の現象に対処して、株式会社の機関の分化を飛躍的に進展させたのは、昭和二五年の商法改正によってである。けだし、同改正は、従来の株主総会中心主義を排除し、株主総会の権限を著しく縮小すると同時に、取締役の権限を著しく拡大したからである。すなわち、同改正により株主総会の権限が法定事項と定款所定事項に限られ、しかもかような法定事項が著しく縮小されたのである。言うまでもなく、その結果、取締役の権限が著しく拡大され、ことに新株の発行と社債の発行の権限が株主総会から取締役に移されたことは、最も重要である。昭和二五年以後の商法改正も、企業の所有と経営・支配の分離の現象に対処するために、引き続き株主総会の権限縮小と取締役の権限の拡大の方向をとったことは前述のとおりである。

しかし、以上のように株主総会の権限が著しく縮小されたにもかかわらず、株主総会の会社の最高意思決定機関たる法的位置は維持されており、取締役・監査役の選任・解任、計算書類の承認、定款の変更、会社の解散、会社の合併などのような会社の存続と運営の基本に係わる事項が依然として株主総会の法定事項にされていることはその現れである。特に取締役などの会社役員を選任・解任権および会社の計算書類の承認権が引き続き株主総会に残されたことにより取締役の業務執行に対する株主総会の監督機能が維持されていると言えよう。

商法改正により株主の監督是正権が次第に拡大されてきたことは、会社の所有者による監督体制にとって一層重要であろう。上にも触れたように、明治三二年の商法においては、少数株主権として総会招集権が、単独株主権として

総会決議無効訴権（現在の総会決議取消訴権にあたる）が認められていたが、今日に至るまでの一〇数度の商法改正により、かような株主の監督是正権が相当に拡大・強化された。単独株主権たる株主の監督是正権として、設立無効訴権（商法四二八条）、総会決議取消訴権（商法二四七条）、累積投票請求権（商法二五六条ノ三）、代表訴訟提起権（商法二六七条等）、取締役などの違法行為差止権（商法二七二条等）、新株発行差止権（商法二八〇条ノ一〇）、新株発行無効訴権（商法二八〇条ノ一五）、議事録・書類閲覧権（商法二四四条四項・二六〇条ノ四第四項・二六三条二項等）などが認められており、少数株主権たる株主の監督是正権として、提案権（商法三三二条ノ二）、総会検査役選任請求権（商法三三七条ノ二）および業務・財産検査役選任請求権（商法二九四条）、総会招集権（商法三三七条一項・二項等）、取締役などの解任請求権（商法二五七条三項等）、帳簿閲覧権（商法二九三条の六等）、解散請求権（商法四〇六条ノ二）、整理申立権（商法三八一条一項）などが規定されている⁴⁾。

(b) 取締役会による監督体制の確立

前にも触れたように、昭和二五年改正までの商法は、会社の業務執行体制について明治三三年の商法には、定款に別段の定めがない限り、会社の業務執行は取締役（員数は三人以上）の過半数で決定するという規定が置かれていた⁵⁾のに対し、明治四四年の商法改正により、定款または総会の決議をもって代表取締役を定めうることが規定され、さらに昭和一三年の商法改正により、定款の規定に基づいて取締役の互選により代表取締役を定めうることが認められたといえ、基本的には取締役が各自で会社の業務執行を行い、会社を代表する、いわゆる取締役の各自執行・各自代表体制を維持していた。したがって、昭和二五年改正までの商法においては、取締役会がまだ法律上の制度とされず、取締役または取締役による組織的な監督機能も期待されていなかったと言えよう。

これに対し、企業の所有と経営・支配の分離の現象に対処し、株主総会の権限を著しく縮小し、その代わりに取締

役の権限を著しく拡大することによって会社の機関の分化を飛躍的に進展させた昭和二五の商法改正は、権限の拡大された取締役をして慎重かつ適正にその権限を行使させるために、従来の取締役を取締役会と代表取締役に二分化し、取締役の全員によって構成される取締役会は会社の業務執行に関する意思決定をなすと同時に、取締役会において取締役の互選によって選任され、会社の業務執行自体と会社代表を担当する代表取締役の業務執行の監督を行うものとした。したがって、昭和二五年の商法改正により取締役会による業務執行機関の組織的監督体制が確立されたと言えよう。しかも、かかる監督体制は、昭和五六年の商法改正により取締役会の取締役の職務執行に対する監督権限が明定されるほか、業務執行を担当する取締役の取締役会に対する報告義務が強制され（商法二六〇条）、各取締役の取締役会招集権が保障されることなどによって一層強化されて今日に至っている。

(c) 監査役制度の沿革

明治三年の商法においては、監査役（員数に関する規定はない）は株主総会によって選任され、会社の業務および会計を監査する必要かつ常置の機関とされており、かような監査機能を保障するために取締役に対する営業の報告請求権および会社の業務・財産の状況調査権、取締役会社間の取引の承認権、総会招集権、取締役会社間の訴訟における会社代表権などの監査役の職務権限が定められているほか、取締役が株主総会に提出する書類について調査し報告する義務が課され、監査役の職務の性質から当該会社の取締役または支配人を兼任することも禁止されている。

しかし、昭和二五年の商法改正は、取締役の業務執行を外から監督すること自体が無理であることを考慮し、しかも従来、監査役に期待されていた上述の監査役の業務監査の権限がかならずしも十分に機能していなかった現状に鑑みて監査役の権限を著しく縮小し、監査役を会社の会計のみを監査する機関としたのである。その代わり、取締役の業務執行に対する監督機能を取締役会に期待すると同時に、株主に、代表訴訟提起権、取締役の違法行為差止権、帳

簿閲覧権、取締役の解任請求権などを認めることによって株主の監督是正権を強化する方向に問題の解決を求めた。

それにもかかわらず、昭和三〇年代の末期から四〇年代の初めにかけて生じた有力企業の粉飾決算・倒産により、取締役会による業務執行の監督機能が期待どおりに発揮されていなかったことが明らかにされた。そこで、昭和四九年の商法改正は、株式会社の監査役制度に関する再検討の結果、昭和二五年の商法改正以来、会計のみを監査する機関とされていた監査役の権限を、同四九年に制定された商法特例法上の小会社以外の子会社について拡大した。すなわち、商法特例法上の小会社以外の会社において、監査役は、再び会社の業務および会計を監査する機関とされ、商法特例法上の小会社の監査役のみ、従来どおり会社の会計を監査する機関とされた。それだけでなく、会社の規模のいかんを問わず、昭和四九年の商法改正は、監査役の任期を従来の最長一年から、二年に延長し、短縮を認めないことによって監査役の地位を強化した。

その後の商法および商法特例法の改正により、監査役の監督体制は引き続き強化されることになった。まず、昭和五六年の商法改正は、商法特例法上の小会社以外の子会社の監査役の職務権限について取締役の法令・定款違反の行為を報告するための取締役会の招集権を認め、監査役の権限の強化を図った。また、同改正は、会社の規模のいかんを問わず、監査役の報酬を取締役のそれと区別して定めることや、監査役の費用の請求を容易ならしめることなどを通じて監査役の地位を強化した。このほか、昭和五六年の商法特例法の改正は、同法上の大会社について、監査役の複数制と常勤監査役制の確立を強制してさらに監査役体制の強化を図った。

また、平成五年の商法改正と商法特例法の改正は、監査役について、さらにその地位および監査役体制を強化した。商法改正においては、会社の規模のいかんをとわず、従来の監査役の二年の任期を三年に延長することによって監査役の地位の強化が図られており、商法特例法改正では、大会社につき、監査役の員数を三人以上とし、常勤監査役の

ほか、いわゆる社外監査役を置くことを要求し、また監査役会の設置を法定するなどの措置により、監査役体制のさらなる強化が図られた。

なお、監査役の地位の独立性を確保するため、監査役の兼任禁止の範囲も次第に拡大されてきた。まず、昭和二五年の商法改正により、従来、禁止されている取締役・支配人との兼任に加えて、支配人以外の使用人との兼任も禁止された。昭和四九年の商法改正は、その禁止の範囲をさらに拡大して、監査役は、当該会社のみならず、その子会社の取締役または支配人その他の使用人を兼任することができないものとした。

(d) 会計監査人による会計監査体制の確立

商法特例法と証券取引法の適用を受ける大規模の株式会社に対して強制されている会計監査人（公認会計士または監査法人）による会計監査を一般に外部監査と呼ぶが、株式会社に強制している経営・経理の開示体制をも含めて、これを一括的に公的監督方式と位置付ける見解もある⁶⁾。かような会計監査体制の確立の必要性については、上述の株式会社の内部的監督・監査体制、すなわち、株主総会および株主の監督は正権による監督体制、取締役会による監督体制および監査役・監査役会による監査体制は、現実において種々の原因により期待どおりに機能を発揮していないため、権限が拡大されつつある取締役の力を制約し、会社、株主および会社債権者、ないし一般投資者を保護する必要性から会計監査人による会計監査体制などが導入されたと強調されている⁷⁾。また、大会社にあっては、企業をめぐって多くの利害関係人が存在しており、それらの利害調整の観点からも職業会計人による会計監査が必要とされているのが、商法への外部監査導入の基本的理由であると強調する説もある⁸⁾。

いずれにせよ、日本において、最初に大規模の株式会社に対して会計監査人による会計監査体制を強制したのは、昭和二三年に制定された証券取引法によってである。同法は、その後の改正も含めて、同法の適用を受ける上場会社・

発行会社などの財務諸表について会社と特別の利害関係のない公認会計士または監査法人による会計監査を強制した。もとより、その結果、これらの大会社においては、監査役による会計監査と会計監査人による会計監査の重複という問題を生じることと言うまでもないが、それぞれの性質について、監査役による会計監査は、株主および会社債権者の保護を主たる目的とし、決算のために作成され、株主総会に提出されるべき計算書類に対する監査であるため、一種の決算・事前監査であるのに対し、証券取引法上の会計監査人による監査は、一般投資者の保護を目的とし、会社の決算により確定された後に公表される財務諸表に関する監査であるため、いわば一種の事後監査であると論じられている。⁹⁾

商法において最初に会計監査人による会計監査が強制されたのは昭和四九年に制定された商法特例法による。商法特例法は、その後の改正とともに、同法上の大会社（資本の額が五億円以上または負債の合計金額が二〇〇億円以上の株式会社を指す）の計算書類とその附属明細書（営業報告書と附属明細書については、会計に関する部分に限る）について、監査役の監査のほか、会計監査人の監査を受けなければならないという会計監査人による会計監査体制を確立し、改善・強化を図り続けてきた。そのみならず、商法特例法は、会計監査人の資格・欠格事由、選任・解任およびその任期、欠員の場合の措置、職務権限およびその責任などについても詳細な規定を設けている。

上述の日本法における株式会社の監督・監査体制の問題点について、種々なる指摘がなされているが、各制度間の問題として、取締役会による業務監督と監査役・監査役会による業務監査の重複問題、監査役・監査役会による会計監査と会計監査人による会計監査の重複問題が指摘されている¹⁰⁾。また、各制度自体の問題として、取締役会による業務監督制度については、「自己監督」の問題が最も重要であるとされ、¹¹⁾ 監査役・監査役会の監査制度については、この監査制度全体の無機能化問題のほか、かかる監査の適用範囲、すなわち、かかる監査は、適法性監査にとどまるも

のか、それとも妥当性監査にまで及ぶものかの問題や、監査役の兼任禁止違反の効力の問題が多くの論説において指摘されている。¹²⁾

そのみならず、株式会社における監督・監査制度全体の抜本的な改革の必要性が唱えられている。これによれば、監査役制度の役割について、従来のように、取締役の違法行為を防止する、換言すれば会社経営者の非行を防止することを目的とするものであるという従来の解釈にとどまらず、その監査は取締役の業務執行の監督にまで及ぶものであると解釈すべきであり、かような解釈論に基づいて、業務執行機能と業務監査機能の分離が明確にされているドイツ法上の取締役会と監査役会の二元制ないし二層式制またはアメリカ法上の取締役会のような一元制の構築が必要であると強調される。¹³⁾

(ロ) 以上の日本法における株式会社の監督・監査体制の構造と比較し、中国の改革開放以来の会社立法において、株式会社についていかなる監督・監査体制の構造が構築されているであろうか。

かような監督・監査体制の確立の必要性については、周知の如く中国は、改革開放路線の推進の過程において、国家の行政権力が介在する直接的経営介入から企業を解放し、政府と企業の分離いわゆる「政企分離」を図るため、経営者の経営機能と独立的地位が保障されるようになり、そのための法制度も整備しているが、その反面、強力な経営陣と対抗し、企業の非行から会社の利益、国家株主の利益、一般株主の利益、従業員の利益などを保護するために効果的な企業内部の監督・監査体制を確立することが必要であると論じられている。¹⁴⁾

また会社立法の基本的方針として中国政府は、中国における企業改革の重点が国有企業の改革に置かれていること、国有企業改革の手段としての株式制導入の究極的な目的が、経営合理化の観点からする経営方式の転換にあることなどを明らかにしている。同時に、かかる改革における国有財産管理の基本的目的は、国有財産または国有企業の効率

的運営と、財産または利益の増大を保障することにあり、そのための法的基盤として企業法と会社法およびそれらに関連する諸法律の整備が必要不可欠であり、そのうちで、最も重要なのは政府の経済管理権に適正な限界を設け、企業自体の改革により企業の自主性を認め、「政経分離」を促進することであると強調している。また、株式会社制度およびその関連立法にあっては、所有を代表する制度として株主総会が、また経営を代表する制度として取締役会が想定されている。

国有企業の所有者の権利と利益を保護するために、①国有財産の権利を明確にし、それを合理的に評価すること、②法律上、経営者の責任を明確にし、権限の濫用を防止すること、③所有者に対して直接責任を負う企業の監督制度を確立すること、④各種の所有者および小株主の権利と利益を保護することが必要であり、さらに加えて会社債権者の権利と利益を保護するための各種制度を確立することが、有限責任の原則が貫かれる現代企業制度から発する本質的要請であると明確に強調されている。⁽¹⁵⁾

中国政府のこれらの方針のなかにおいては、株式会社も含めて会社企業に取り入れる監査制度はもっぱら国有財産に関する権利および利益を保護するための一手段にすぎないように説明されている。改革以来、設立された株式会社の大多数が従来の国有企業から改組されたものであり、そのいずれにおいても国家株主または国有法人株主が筆頭株主となっていること⁽¹⁶⁾から考えれば、当然のことになるかもしれないが、制定された会社法規、とりわけ統一会社法においては、特に会社の内部の監査機関たる監査役会に関する規定から、そのような意味合いが明確にされていないと言えよう。すなわち、株式会社における監査役会制度は、法律上においては、会社全体の財産と利益の保護のために採用されているものである。

このような問題はさておき、概して言えば、中国の改革開放以来の会社立法、とりわけ一九九二年以後の会社立法

においては、株式会社の監督・監査体制として、まず、株主全員によって構成される株主総会が会社の最高意思決定機関とされ、それには、業務執行に対する監督の面から見れば、取締役の選任・解任権およびその報酬の決定権はもとより、取締役会の経営報告に対する審議・承認権、会社の計算書類の審議・承認権のほか、会社の営業の基本にかかわる事項とも言うべき定款の変更、会社の合併・分割・解散、資本の増加・減少などに関する決定権が認められているため、日本法におけると同様に、株主総会による業務執行の監督体制が図られている。

また、前にも触れたように、中国の会社法規には、日本法におけるように数多くの株主の監督は正権が認められていないのが最大の問題の一つであるが、統一会社法のみを見れば、株主の監督は正権として、会社の定款・総会議事録・財務会計報告書（計算書類および附属明細書が含まれる）の閲覧権（会社法一一〇条前段・一七五条参照）、会社経営に関する提案権および説明請求権（会社法一一〇条後段）、株主総会・取締役会の決議が法令に違反し株主の利益を侵害するときに、株主が裁判所に対し当該違法行為および侵害行為の差止めを求める訴の提起権、の単独株主権のほか、唯一の少数株主権たる株主総会の招集請求権が定められている。したがって、日本法ほど強力なものではないが、一応、株主の監督は正権の行使による監督体制も採用されていると言えよう。

なお、株主総会において選任・解任される一定数の監査役と従業員代表たる一定数の監査役から構成される監査役会による監査、取締役会において取締役の互選によって選任され、会社の法定代表者とされる董事長による監督のほか、会計法などに基づいて設置される会社内部の会計機構および会計職員による会計監督、公認会計士による会計監査の制度が採用されている。このほか、行政機関たる会計検査院による会計検査、一部の会社立法により会社内部の会計検査士の設置およびそれによる会計検査が定められている。¹⁷⁾

中国の改革開放以来の会社立法における株主総会の法的地位およびその権限や、株主の権利とりわけ株主の監督は

正権などについては、本論文の株主総会に関する部分においてある程度分析を行ったため、以下においては、主として、日本法における取締役会の業務監督体制との比較において中国法上の董事長による監督体制を、日本法における監査役・監査役会による監査体制との比較において中国法上の監査役会による監査体制を、また、日本法における会計監査人による会計監査体制との比較において中国法上の会社内部の会計機構・会計職員・会社内部または外部の会計検査士・行政機関たる会計検査院・公認会計士などによる会計監査体制を検討することにしよう。

第二節 董事長による監督体制

中国の改革開放以来の会社立法において、最初に取締役会を取り入れたのは、前述したように、改革開放路線とほぼ同時に始められた外資系企業立法である。しかし、外資系企業、とりわけ最も代表的な外資系企業形態たる中外合弁企業立法において認められた取締役会は、かかる企業の最高意思決定機関とされているのみならず、董事長の権限として、会社の業務執行に対する監督権が認められていない。改革開放以来の会社立法において、董事長の権限の一つとして初めて董事長の監督権限を定めたのは、広東涉外条例である。また、一九八〇年代後半に行われた株式制企業立法では、福建株式規定のみが董事長の監督権を定めているが、一九九二年以後の会社立法は、法によって若干の相違が見られるものの、いずれも董事長による監督体制を採用している。

しかし、かような董事長監督体制は、いかなる内容を有するものであり、取締役会との関係はどうか、日本法における取締役会の監督体制から見てどのようなものかが問題である。

一 日本法における取締役会の監督体制

(イ) 前述のように、日本の商法において、取締役会制度の法定化が実現したのは、昭和二五年の商法改正によってである。一般に、これはアメリカ法にならって確立された制度であり、株主の総意によって、会社の経営を専門家たる取締役会と代表取締役に委ねるとともに、代表取締役を中心とする会社の経営陣に対する取締役会の監督機能を期待したものであると解されている。¹⁹⁾ また、同改正によって、会社の業務執行体制について従来の取締役を取締役会と代表取締役に二分化した体制が採用された趣旨について、それは、同改正が従来の株主総会中心主義を捨て総会の権限を著しく縮小したのに伴って権限の著しく拡大された取締役をして慎重・適正にその権限を行使させ、かつ取締役会をして代表取締役の業務執行の監督に当らせるためであるとも解釈されている。²⁰⁾

いずれにせよ、取締役会は、昭和二五年の商法改正によって確立された時点から、その機能について、会社の業務執行の意思決定をすると同時に、業務執行の担当者（代表取締役を中心とするが、その他の業務執行を担当する取締役も含まれる）の業務執行を監督する権限を有するものであると解されている。しかし、取締役会の業務執行の決定機関としての機能は、同改正により「会社ノ業務執行ハ取締役会之決す」と明確に定められていたが、その取締役の業務執行に対する監督機能に関する規定は、同改正においては、明確に定められていなかった。昭和三七年の改正商法により、取締役会の一般権限に「支店の設置、移転及び廃止」を加えたが、取締役会の監督権限は、依然として法定されなかったということである。²¹⁾

商法において、従来の解釈により認められていた取締役会の取締役の業務執行に対する監督機能が明確に法定されたのは、昭和五六年の商法改正においてである。同改正は、取締役会の一般的権限について、「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」と定めており（商法二六〇条一項）、取締役会の意義について、一般に、

取締役会は、取締役の全員によって構成され、会社の業務執行を決定するとともに、取締役の職務の執行を監督する会社の必要的機関であると解されている。²²⁾ 同改正による取締役会の監督権限の明確化の趣旨について、昭和五六年改正前の商法では、取締役会の監督権限が規定の上で明確にされていなかったため、代表取締役の独走をチェックするこの権限の重要性は認識されることが少なく、取締役会は業務執行決定機関としてそれなりの機能を果たしてきたが、監督機関としての機能は十分に果たせなかった。したがって、この監督権限の明確化は、これにより各取締役の自覚を促し、實際上取締役会の監督機能が発揮されることを図ったものであると言われている。²³⁾

このように取締役会の取締役の業務執行に対する監督権限に関する商法の規定の変遷を見ると、取締役会が導入された昭和二五年の改正の時点から、取締役会には業務執行決定権のほかに当然に業務執行監督権もあると解され、かつ期待されていた。昭和五六年の商法改正は、かような解釈および期待に対して明確な法的根拠を与えたにすぎないと言ふべきであろう。

(ロ) かような取締役会の監督権限の範囲については、代表取締役を含む業務担当取締役、その他の取締役(いわゆる平取締役)、業務担当取締役の指揮下にある会社使用人の職務執行は取締役会の監督を受けるとされている。²⁴⁾ また、商法は、取締役会の監督権限の有効的な行使を保障するために取締役に代表取締役の選任・解任権を認めている(商法二六一条一項)ため、当然、業務担当取締役の職務担当の決定および解除権も取締役にありと解される。各個の取締役の取締役会の招集権が保障され(商法二五九条)、取締役会の取締役の業務執行に関する必要な情報収集と業務執行の実態の把握などを容易ならしめるために、取締役は三カ月に一回以上業務執行の状況を取締役に報告することを要するものとして、取締役の取締役に對する報告義務が明確に規定されている(商法二六〇条三項)。このほか、監査役の取締役に對する意見陳述権、取締役に對する報告義務および取締役会の招集権(商法二六〇条の三第

一項・二項・三項)、取締役の競業取引および自己取引における報告義務(商法二六四条二項・二六五条三項)などを定めたことも、取締役会の監督機能を高めるのに役立つとされている。²⁶⁾

なお、取締役会は、代表取締役および業務担当取締役などに対して必要な報告を求めうることは、言うまでもなく、²⁶⁾ 会社の業務執行状況について急変が生じ、あるいは生じるおそれが発生した場合には、代表取締役および業務担当取締役は、適宜あるいは頻繁に取締役会に報告し、取締役会において報告を受けた取締役は、その報告に基づいて適切な措置を講じる必要があると解すべきであり、取締役会の構成員たる各個の取締役には、業務担当取締役および使用人が業務執行について作成する会計帳簿および書類に対する閲覧・閲覧、会社の業務・財産に対する調査、関係帳簿・書類の提出命令、業務執行者に対する報告請求などからなる、いわゆる業務調査権があると解すべきである。²⁷⁾

取締役会の監督権の行使方法としては、代表取締役の解任、取締役の職務担当の解除、各個の業務執行取締役に委ねられている業務執行に関する決定の是正のほか、さらに一般的または具体的な注意・勧告・指示が挙げられている。²⁸⁾

(イ) かような取締役会の監督権について、取締役会の監督権限は、いかなる法的根拠によるものか、また取締役会における業務監督権と監査役の有する業務監査権は、法的性質において同様なものか否かが問題となり、いずれも見解の分かれるところである。

まず、取締役会の監督権限の法的根拠については、取締役会の下位機関たる代表取締役は、当然、取締役会の命令監督に服すると主張する説があるが、²⁹⁾ 取締役会の監督権限は、主として取締役会が代表取締役の選任権を有し、したがって解任権を有することに現れると解く説も有力であり、³⁰⁾ また、業務担当者は、取締役会から権限を委譲されたものであるから、委任者である取締役会の決議に従わなければならない、また、取締役会は受任者である業務担当者が委任の趣旨に従った適正な業務執行を確保するために監督権限を有するとして、委任の法理にその根拠を求めている説

も説得力のあるものである。³¹⁾

次に、取締役会の業務監督権限と監査役の業務監査権限との関係をどのように説明するか、すなわち、それぞれの監督・監査権限の及ぶ範囲の問題についても見解が分かれている。多数説は、取締役会のなす取締役の職務の執行の監督も、監査役のなす取締役の職務の執行の監査も、取締役の職務ないし業務の執行監督・監査するという意味ではまったく同様であり、かような監督・監査には、当然に会計処理に関する監査すなわち会計監査も含まれるが、取締役会の業務監督権限は、監査役の業務監査権限が原則として適法性の監査に限られるのに対して、取締役会の業務監督権限は会社の業務執行の適法性の監督は正にとどまらず、その職務執行の妥当性の監督は正にまで及ぶものであると解して、取締役会の監督権限と監査役の監査権限の及ぶ範囲の相違を強調している。³²⁾

これに対し、監査役の取締役の職務の執行に対する監査権限も、取締役会の監督権限と同様に、取締役の職務執行の適法性の監査のみならず、その妥当性の監査にまで及ぶものと解すべきであると主張する説がある。そのうち、監査実務の立場から考えれば、妥当性領域に踏み込むことなく、適法性監査のみを実施することは不可能であると主張する説もあれば、監査役監査の充実を期するためにその監査の範囲を妥当性監査までに拡充させるべきであると強調する説もある。³³⁾ また、監査役の職務権限全体を適法性監査、妥当性監査のいずれかで一律に解することは無理であり、監査役が有する各権限ごとに個別に検討すべきと主張したうえ、監査役の権限のうち、商法二七四条二項に認められている監査役の調査権限について、適法性監査・妥当性監査を論じる意味はないと強調する説もある。³⁴⁾

また、日本法における監査役の監査の意味については、それには事前監査としての「監督」と事後監査としての「検査」という二つのものが含まれており、その検査の機能に関しては、取締役の職務執行が適法であると妥当であるとを問わずそのあらゆる側面が監査役の監査の対象になるのに対し、その監督の機能に関しては、監査役のそれと

取締役会のそれとは同一であるにもかかわらず、その範囲には差異があり、すなわち、取締役会の業務監査権限がすべての範囲に及ぶものであるのに対して、監査役の業務監査権限は適法性監査の範囲にとどまるものであると論ずる説も有力である。⁽³⁵⁾

業務執行と監督の機能が分化されておらず、監督される者（代表取締役など）が同時に監督機関の構成員でもあるという自己監督の矛盾が日本における取締役会の業務監督体制の最大の問題であるとの指摘もある。すなわち、取締役会制度を導入し、それに取締役の業務執行の監督権限をも認めた昭和二五年の商法改正前においては、各取締役が各自執行・各自代表の原則のもとに、常務・専務・社長などの内部職階制により、逐次上位者に位置付けられていくという、いわば社長を頂点とするピラミット型の業務執行体制が採られていた。しかし、同改正により取締役の各自執行・各自代表の原則による業務執行体制が大いに変えられたにもかかわらず、従来の社長を頂点とする内部職階制、すなわち業務執行機関が機能すべき経営の基盤には何らの変革も加えられていないことが看過されてはならない。また、機制的にも、日本法における代表取締役は、アメリカ法上の取締役と役員の関係のように地位の分化を基礎としておらず、むしろ取締役の資格を前提としているので、取締役会の監督機能にしても、監督される者が同時に監督機関の構成員でもあるという自己監督の矛盾だけでなく、前記の内部職階制に基づく経営秩序がそのまま維持されているために、社長が業務執行の指揮命令系統の上位者でもあるという実態も加わって、現実には法の予定した業務監督の体制が覆されることになる。それに、取締役の大多数がいわゆる社内取締役で、事実上、社長の意向によって選任されて役付となりあるいは使用人職務を兼任するのが通例であるから、代表取締役に対する独立性を保ってその業務執行を適切に監督しえないのはむしろ当然のことであるという。⁽³⁶⁾

二 中国法における董事長による監督体制

(1) 法規定の変遷

改革開放以来の会社立法において初めて董事長の監督機能に触れたのは広東涉外条例である。同条例は、合併会社と合作会社の機関構造に関する節において、取締役会は、合併会社と合作会社の最高意思決定機関であり、特別区側の派遣または特別区政府の許可を得て特別区側と外資側が交替で派遣する方式によって一名の董事長が設置され、董事長は、会社の法定代表者であると同時に、取締役会の閉会期間において、会社の定款と取締役会の決議に基づいて会社の重大の業務執行に関する事項を処理する権限のほか、取締役会の決議の実施状況を検査し、監督する権限を有するものであると定めている(同条例一五条参照)。国内会社立法において初めて取締役会の決議の執行状況に対する董事長の監督権限を認め、かつ董事長がその検査の結果を取締役会に報告するという董事長の検査結果の報告義務を定めると同時に、経理にも取締役会の決議の執行状況を取締役会に報告する義務を定めたのが一九八八年に制定された福建株式規定である。

同規定によれば、取締役の互選によって(政府または政府の授權部門によって選任・解任される定めのある場合を除く)選任され、会社の法定代表者である董事長は、取締役会の決議の実施状況を検査し、その検査の結果を取締役会に報告する職権を有すると定めているのみならず、会社の実際の業務執行担当者である経理の職権の一つとして、取締役会の決議の実施を統括し、その実施の状況を取締役会に報告しなければならないと定められている(同規定三〇条一項・二項二号・三四条二項一号・三五条など参照)。上述の広東涉外条例と比べれば、同規定は、単に董事長の取締役会の決議の実施状況を検査する権限を認めているだけでなく、その検査の実効性を保障するための重要な措置として、董事長の取締役会の決議の実施状況に対する検査の結果の取締役会への報告義務および経理の取締役会の

決議の実施状況の報告義務をも定めているのがきわめて重要である。

その後の会社立法、とりわけ、一九九二年に相次いで制定された深圳株式規定、上海株式規定および株式規範のいずれも、董事長の監督機能について、福建株式規定とまったく同様な規定を設けている。すなわち、そのいずれにおいても、会社の法定代表者たる董事長は、取締役会の決議の実施状況を検査し、その結果を取締役会に報告する職権を有すると定めている。ただ、これらの法規は、福建株式規定と異なり、經理の職権の一つとして取締役会の決議の実施のみならず株主総会の決議の実施を統括し、それらの決議の実施状況を取締役会に報告すると定めている（深圳株式規定一一七条二号・一一九条一号、上海株式規定八三条二号・八六条一項二号、株式規範五九条二項二号・六〇条一項一号等参照）。

しかし、同じく一九九二年に制定された海南株式条例では、董事長の取締役会の決議の実施に対する検査権限およびその検査結果の取締役会への報告義務については、上述の一九九二年の会社法規と同様な規定が置かれているが、經理の株主総会・取締役会の決議実施の状況についての取締役会への報告義務は定められていない。すなわち、經理の職権の一つとして、株主総会および取締役会の決議の実施を統括することが定められているが、その実施状況についての取締役会への報告義務は定められていないことになっている（同条例一〇二条二項二号・一一一条一号参照）。

一九九三年に入って制定された会社法規のうち、統一会社法以外の深圳株式条例と広東会社条例はいずれも董事長の監督機能について海南株式条例と同様な定め方をしている。すなわち、深圳株式条例も広東会社条例も、董事長の監督機能について、会社の法定代表者たる董事長は、取締役会の決議の実施状況を検査し、その検査の結果を取締役会に報告するものとする³⁷⁾と定めているが、經理に対しては、株主総会・取締役会の決議の実施状況について取締役会に報告することを要求していない（深圳株式条例一〇〇条二号・一二二条二号）。以上の法規と異なり、統一会社法

は、董事長の監督機能について、ただ会社の法定代表者たる董事長は取締役会の決議の実施状況を検査する権限を有すると定めただけで、經理の株主總會・取締役会の決議の実施状況の取締役会への報告義務はもとより、董事長のその検査の結果の取締役会への報告義務すら要求していない(会社法一一四条一項二号・一一九条一項一号参照)。要するに、改革開放以来の中国法における株式会社の董事長の監督機能に関する法規定は、以上に見てきたところからも明らかであるように、以下のような変遷を辿ってきたのである。外資系会社立法を除けば、国内会社において最初に董事長の監督機能を認めた福建株式規定では、董事長の取締役会の決議の実施状況に対する検査権が認められたのみならず、その権限の担保として、同時に董事長のその検査結果の取締役会への報告義務と經理の取締役会の決議の実施状況の取締役会への報告義務が定められている。それだけではなく、同趣旨の規定は、海南株式条例を除けば、一九九二年に制定された会社法規にそのまま引き継がれている。しかし、一九九二年の海南株式条例と、一九九三年に制定された深株式条例および広東会社条例は、いずれも董事長の取締役会決議の実施状況に対する検査権限を認め、董事長がその検査結果を取締役に報告することを要しているものの、經理の株主總會・取締役会の決議の実施状況を取締役に報告する義務を定めていない。それが統一会社法になると、經理の報告義務はもとより、董事長のかかる報告義務も排除してしまったのである。

このような変遷の原因について、資料の関係でこれを明らかにするのはきわめて困難であるが、後に董事長の監督機能と取締役会との関係においてこの変遷の原因に若干触れることにする。しかし、上述の法規のいずれにおいても、董事長の監督機能が認められているため、以下において、この董事長の監督機能の法的内容を検討することにする。

(2) 董事長の監督機能の法的内容

(イ) 前述したように、改革開放以来の会社立法においてほとんどの会社法規は、董事長に取締役会の決議の実施状

況を検査する権限を付与している。それと同時に董事長は会社の唯一の法定代表者であると定めていることは前述のとおりである。また、会社法上の規定だけでは明確ではないが、民法通則（三八条）およびその他の関連法規や法解釈論により会社の法定代表者は、対外的に法人を代表する権限（会社代表権）を有するのみならず、対内的にも業務執行権を有するものであることが明らかにされている。

そうであるとすれば、会社代表権を有し会社の業務執行を担当する地位にある董事長が同時に取締役会の決議の実施状況の検査権が付与されることは、一見すると日本法における取締役会の監督体制に見られる自己監督の矛盾問題を生じさせるように思われる。実際の法制度にこのような問題が存するかどうかを究明するために、中国の会社法規が採用している会社の業務執行体制を明らかにする必要がある。

(四) 一般に、中国の会社法規においては、会社の業務執行体制について、取締役会は会社の業務執行に関する意思決定機関であり、董事長および經理がその執行機関であるという業務執行体制が採られていると言われている。⁽³⁸⁾しかし、会社の業務執行に関する法の規定、とりわけ会社の業務執行機関たる取締役会、董事長および經理のそれぞれの権限に関する規定を見ると、取締役会が会社の業務執行に関する意思決定機関とされているのはそのとおりであるが、業務執行自体は、取締役会が選任・解任する經理のほか、經理の指名に基づいて取締役会において選任・解任される副經理・財務責任者を含む会社の役員によって担当される体制が採用されており、しかも、とりわけ經理に業務執行を担当するのに必要な広汎かつ強力な権限が法定されていることが分かる。すなわち、經理には、会社の生産経営管理活動と取締役会の決議の実施の統括および会社の年度経営計画・投資案の実行の統括をはじめとする種々の業務執行権が認められている（会社法一一九条、深圳株式規定一一九条、上海株式規定八六条、株式規範六〇条、海南株式条例一一〇条等参照）。

したがって、中国の会社法規においては、会社の業務執行体制に関して、会社の業務執行に関する意思決定は取締役会によって行われるが、その実行は、厳密に言えば、取締役会が選任・解任する経理および経理の指名に基づいて取締役会において選任・解任される副経理・財務責任者から構成される役員によって行われるという、業務執行の意思決定機関と業務執行担当機関との分離体制が採られている。かような業務執行の意思決定機関とその執行機関の分離体制は日本の商法でも実現されていることは前述のとおりであるが、異なるのは日本法においては、それが取締役会と、取締役会において取締役の互選によって選任される代表取締役という二つの業務執行機関の設置によって実現されているのに対して、中国法においては、取締役会と経理（取締役であることは要求されていない）という二つの機関の設置によって図られていることである。

ここで問題となるのは、会社の唯一の法定代表者、すなわち、対外的に会社を代表する権限を有し、対内的には業務執行の最高責任者たる権限を有するものとされている董事長の会社の業務執行体制における法的位置付けである。法規定を見る限り、本来、対外的のみならず、会社の内部においても最高責任者であるはずの董事長には、会社代表権のほか、株主総会の主宰、取締役会の招集および主宰、会社の株券・社債券への署名などという程度の権限しか定められていない（会社法一一四条一項ほか、深圳株式規定一一七条、上海株式規定八三条一項、株式規範五九条二項、海南株式条例一〇二条二項、深圳株式条例一〇〇条、広東会社条例一一三条）³⁹⁾。これに対し、経理には上述したように、会社の生産経営管理活動や株主総会・取締役会の決議の実施の統括指揮権などの多くの、会社の業務執行の実際の担当者であるに相応しい権限が付与されているため、経理に与えられている権限の実質は、通常の業務執行の権限そのものにはかならず、実質的に会社経営を担うのは経理と見ることができると言われる。⁴⁰⁾

したがって、中国の会社法においては、会社の業務執行体制に関しては、会社の業務執行の意思決定機関（取締役

会)とその執行機関(経理などの会社役員)が分離されているのみならず、業務執行自体についても対外的業務執行(会社代表権)と対内的業務執行(代表権が付与されていない経理などの会社役員による業務執行)との分離体制が採られていると言えよう。すなわち、会社代表権と会社の業務執行権を有すると見られる会社の法定代表者たる董事長は、実際においては、株主総会の主宰権、取締役会の招集および主宰権のほか、会社の株券・社債券の署名権、一部の法規では、会社のその他の重要な書類への署名権、一部の解釈では、会社と第三者との契約書への署名権を認められているだけで、通常の業務執行にあたる権限はほとんど定められていない。しかし、実際の会社の業務執行を担当し会社の経営者たる経理には、会社を代表する権限、すなわち会社代表権が付与されていない。そのため、経理は、対外的業務を行う場合には会社の定款の規定または取締役会の授權、統一会社法におけるように取締役会の閉会期間中に董事長に取締役会の部分的権限の行使が認められている場合には董事長の授權が、必要とされている(会社法一九九条一項八号、深株式条例一二二条七号、広東条例一二〇条など)⁴²⁾。また、中国の会社法においては、経理はもとより、経理の指名が必要とされている副経理や財務責任者も取締役会によって選任・解任されることになっているため、経理を中心とする会社の役員は取締役会の純然たる下位機関となり、しかも経理などの役員に対して取締役たる資格が要求されていないため、中国会社法上の業務執行制度は、いずれかというところ、実質的にはアメリカ法における役員制度⁴³⁾にきわめて類似しているものであると言えよう。⁴⁴⁾

以上の分析から分かるように、中国の会社法における会社の業務執行体制においては、業務執行に関する意思決定機関とその執行機関が分離されており、会社の業務執行自体にあたっては、会社の対外的業務執行(董事長または定款・取締役会の授權により代表権を有する経理)と対内的業務執行の分離体制が採られている。他方、会社の法定代表者とされている董事長には、会社の株券・社債券およびその他の重要書類や第三者との契約書への署名権に象徴さ

れる会社代表権のほかには株主総会の主宰、取締役会の招集および主宰権などが付与されているだけである。いわば業務執行の意思決定機関とその執行機関が分離され、監督者たる者（董事長）と業務執行担当者たる者（經理）との地位分化が図られている。したがって、中国法における董事長の監督体制には、日本法上の取締役会の監督体制に見られるような自己監督の矛盾問題は生じないといつてよいであろう。

（イ）董事長の監督機能の内容について、中国の会社法は、いずれも董事長は、取締役会の決議の実施状況について検査する権限を有すると定めると同時に、經理の重要な職権の一つとして、經理が取締役会の決議の実施を統括することが定められている。これらの規定からすると、まず董事長の監督機能の範囲は、取締役の職務執行全体に及ぶとされている日本法上の取締役会の監督機能と異なり、明確に取締役会の決議の実施状況の検査に限られている。そして、董事長のかかる検査を受ける者は、取締役会の決議の実施の統括がその重要な職務とされている經理や副經理・財務責任者からなる会社の役員にはかならないことも明らかである。すなわち、董事長は、主に会社の役員の取締役会の決議の実施に係わりのある業務執行について検査権を行使することになる。当然のことながら、經理が取締役会の授權決議によって会社代表権を有する場合には、經理の会社代表権の行使状態も董事長の監督機能による検査を受けることになると考えられる。

中国法上の董事長の監督機能は、日本法における取締役会の監督機能よりその範囲が相当狭く定められているが、会社の実際の業務執行に関与しない董事長に会社代表権と一定の監督権が付与されており、会社の実際の業務執行者たる經理に会社代表権を与えていないため、經理独走の弊害を防止する一種の牽制的役割を期待するために法が考えたものであると解しうるであろう。⁴⁵⁾

（二）中国法における董事長の監督体制において最も問題となるのは、前述したように、会社立法の展開に伴って、

一部の会社法により經理の株主總會・取締役会の決議実施状況の取締役会への報告義務が削除され、さらに統一会社法になると、經理のかかる義務はもとより、その他のすべての会社法規が要求している董事長の取締役会決議の実施状況についての検査結果の取締役会への報告義務すら削除されたことである。

まず、統一会社法以外の会社法規、すなわち国内会社法として最初に董事長の監督機能を定めた福建株式制規定から一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定、株式規範、海南株式条例と一九九三年に制定された深圳株式条例および広東会社条例までのすべての会社法は董事長に取締役会決議の実施状況に対する検査権を付与するのみならず、董事長に対してその検査結果を取締役会に報告することを要求している。⁴⁶さらに、そのうちの福建株式規定や、深圳株式規定、上海株式規定および株式規範においては、同時に經理の取締役会決議の実施状況の取締役会への報告義務も定められていることは、前述のとおりである。

このような董事長の監督体制の意義などについては、すでに以下のように論じられている。すなわち、董事長に取締役会決議の実施状況に対する検査権を付与し、その検査結果を取締役会に報告することを要求すると同時に、經理にも取締役会決議の実施状況についての報告を取締役会において行うことを義務付けるといふ体制のもとでは、董事長が監督権限を行使し、その検査結果を取締役会に対して報告するときは、取締役会は相当の注意をもって報告を受け、問題があると判断すれば、それに対応するための措置を講じなければならないことになる。

また、これと同様に經理からの報告についても、取締役会は相当の注意をもってこれを受けなければならない、問題があるときは、經理にその行為の中止を命じ、止めないときは經理の解任を含む適切な措置を取らなければならないことになる。したがって、これらの規定のもとでは、董事長の監督権限は、ほんらい、取締役会に由来するが、取締役会が会議体であるため通常は董事長がそれを代行するという体制を予定したものと考えられる。いわば、取締役会

は董事長との連係で、また董事長と經理の報告義務を介在させることで業務執行者の執行状況に関して一般的な監督権限を行使しうるものと解することが可能である、ということである。⁽⁴⁷⁾ この見解は正当であると考えるが、とりわけ董事長の検査結果の報告義務を明確に定めることは、董事長の監督権限の積極的行使を促すほか、董事長の監督権限の適正な行使を保障するためにもきわめて重要な意味を持つものであると言えよう。

しかし、かような董事長の報告義務と經理の報告義務を伴う董事長の監督体制は、前述のように、海南株式条例、深圳株式条例および広東会社条例においては董事長の報告義務がそのまま保留されているものの、經理の報告義務が排除されるという修正を経て、統一会社法においては、經理の報告義務はもとより、董事長の監督権限の機能化によってきわめて重要であると思われる董事長の報告義務すら排除されるという変遷のもとに、却って曖昧な監督体制になってしまったと思われる。

かような変化はいかなる趣旨のものであるか、資料の関係（中国では立法説明書はほとんど公刊されていない）でこれを明らかにすることはきわめて困難であるが、中国の会社法が董事長に会社代表権と同時に取締役会決議の実施状況を検査するという意味での監督権限を与えている董事長による監督体制を理解するために、以下の二つの要素が重要ではないかと指摘する説がある。⁽⁴⁸⁾

この説によれば、その一つは、中国においては、取締役会の形骸化問題が中国における外国資本との合併企業の実務においてしばしば指摘されているのみならず、統一会社法などにおいても、取締役会について、それが年に二回以上開催されれば足りるものとされている（会社法一一六条一項など参照）ため、業務執行に関する意思決定面ではともかく、業務執行者の業務執行に対する監督機能に関しては、取締役会よりもむしろ常置の機関とされている董事長のほうがより期待できるという考え方があったことである。もう一つは、国有企業から改組された株式会社に対する

国家または国家大株主による支配確保のためという、政策的配慮の存在が考えられることである。すなわち、中国の現在の株式会社のほとんどが従来の国有企業などから組織変更したものであり、そのいずれにおいても、国家株主または国有法人株主が筆頭株主となっている。したがって、このような株式会社の健全なる運営と国家利益を保障するために、監査役会による監査・監督のほか、直接に国家利益を代表する者（董事長を指す）を会社に送り込み、会社の経営そのものに対する支配を実現するほうがより直接であり重要な手段である。ただし、現代の会社経営は高度な経営技術を要するため、会社の経営者も会社業務に精通する者でなければならぬ。そこで、法は、董事長に会社の支配にとって最も重要である会社代表権を付与するものの、実際の会社の業務執行を經理など経営専門家に委ねると同時に、經理などの経営者の独走を牽制するために董事長に一定の監督権限を認めるという体制を採ったのであるという。

この二つの要素のうち、董事長の監督機能から董事長および經理の取締役会への報告義務を排除したことからすれば、取締役会の形骸化問題がより重要な要素であると考えられる。けだし、法は取締役会について年に二回以上開催されれば足りるとするほか、取締役会の権限について、統一会社法を例に見ると、その法定された権限のうち、經理や財務責任者の選任・解任権・報酬の決定権を除き、その決定だけで直接法的効果を生じるものはほとんどないため、その実質は經理の原案と株主総会の決議事項との中継ぎ的な機能にすぎないと指摘されるように、取締役会自体にそれほどどの機能を期待していないからである。

第二節 監査役会の監査体制

一 監査役会制度の導入

(1) 日本法における監査役会の法定化

(イ) 中国の改革開放以来の会社立法において監査役会を会社の一機関として最初に定めたのは、一九八八年に制定された福建株式規定である。しかし、同規定においては、監査役会は、法定の機関ではなく、取締役会の提案に基づいて株主総会がそれを設置するか否かを決定するという任意の機関とされている。これと異なり、それ以後の会社立法、具体的に言えば、一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定、海南株式条例や、一九九三年に制定された深圳株式条例、広東会社条例および統一会社法などにおいては、監査役会は、任意の機関ではなく、取締役会の同列機関という性格を有する機関として法定されている。唯一、それを任意の機関としているのが株式規範である。

しかし、任意の機関として認めた福建株式規定にせよ、会社の法定機関として定めているそれ以後の会社立法にせよ、会社の監督・監査機関としての監査役会は、文字どおりにその最初から独任制の機関ではなく、合議制の機関として法定されているのが特徴の一つであると言えよう。⁵⁰⁾

(ロ) 現行の日本商法のもとでは、商法特例法上の大会社に限って監査役会の法定化が実現されている。しかも、長年にわたる議論と検討を経て、平成五年の商法特例法の改正によって漸く法定されたのである。実は、日本の商法においては、明治三二年の成立の時点から、一九世紀後半のヨーロッパにおいて確立した近代株式会社法を継受したものである。企業的所有と経営の分離を前提としつつ、株主総会中心主義がとられ、株主総会が最高かつ万能の意思決定機関、総会で選任される取締役が業務執行機関、同じく総会で選任される監査役が業務および会計の監査機関とさ

れ、そして、これらの三機関が相互に牽制し調和してその機能を發揮することが期待されていたと言われる⁵¹。したがって、明治三三年の商法においては、最高かつ万能の意思決定機関とされていた株主総会は、ともかくとして、会社の業務執行機関とされる取締役も、その監督・監査機関とされる監査役も、株主総会のような合議制機関ではなく、いずれかと言うと、独任制の機関⁵²として認められている点で共通している。

しかし、昭和二五年の商法改正は、いよいよ顕著になってきた企業の所有と経営・支配の分離の現象に対応するために、株主総会中心主義を捨て、株主総会の権限を著しく縮小し、取締役の権限を著しく拡大すると同時に、権限の拡大された取締役をして慎重かつ適正にその権限を行使させるために、それまで維持されてきた取締役の各自執行・各自代表の原則を排除して、会社の業務執行に関する意思決定機関として取締役の全員によって構成される合議制機関たる取締役会の設置を法定したのである。これに対し、監査役は、会社の業務執行を外部から監督・監査することは無理であり、しかも、従来、必ずしも十分にその業務監査の権限が行使されていなかったという認識のもとに、その権限が著しく縮小され、会社の会計のみを監査する機関とされた。言うまでもなく、その法的性格には何らの変化もなく、従来のとおり独任制の機関のままである。

その後、昭和三〇年代末期から四〇年代の初期にかけて有力企業の粉飾決算・倒産問題を契機に成立した昭和四九年の商法改正は、監査役の監督・監査機能を強化するために、再び、監査役（商法特例法上の小会社以外の会社について）を取締役の職務を業務および会計の両面から監査する機関に復帰させた。そののみならず、監査役の地位の強化を図るために会社の規模を問わず、監査役の任期を一年から二年に延長し、同年に制定された商法特例法は、同法上の大会社の計算書類およびその附属明細書について、監査役の監査のほか、会計監査人の監査を受けることを義務付けた。また、昭和五六年の商法改正は、監査役の権限および地位の強化を図るため、商法特例法上の小会社以外の

会社について、一定の要件のもとに監査役取締役会招集権を認め、また会社の規模を問わず、監査役の報酬を取締役のそれと区別して定め、監査役が会社に対してその費用を容易に請求しうるようにしたが、最も重要なのは、同時に行われた商法特別法の改正で、同法上の大会社について、監査役の複数制と常勤監査役制が導入されたことである。

しかし、以上のように、会社の監査役監査機能の重要性が次第に認識されることに伴い、監査役の権限およびその地位の強化、また、商法特別法上の大会社について、複数監査役制や常勤監査役制が、昭和四九年・五六年の商法改正および商法特別法の成立とその改正によって実現されたにもかかわらず、効果的かつ効率的な組織監査が期待できるといわれる合議制機関たる監査役会の法定化は実現されなかった。日本においては、昭和四九年の商法改正後、監査役会制度の法定化について、幾多の議論・検討がなされ、何度か監査役会を法制化する機会もあったが、その都度見送られた。その主な原因について、監査役監査は、業務執行と異なり、その実効性を確保するためには独任制のほうが適しており、監査役会を認めると、各監査役の意見を多数決によって封じてしまうおそれがある、という考え方が支配的だったからであると指摘されている⁵⁴。

い 前述したように、日本において商法特別法上の大会社に限って監査役会の設置を認めたのは、平成五年の商法特別法の改正においてである。その社会的背景として平成元年に始まった日米構造問題協議から相当の影響を受けたことや、平成三年来次々に発覚した証券・金融不祥事を未然に防止する必要性が生じたことなどが指摘されている⁵⁵。

また、会社の監査制度運営の現実の問題として、監査役の独任制と複数制の矛盾問題が指摘されており、実際の運営体制については、監査役独任制のもとでも、事実上の職務分担が行われ、任意に監査役会を設置したり随時協議制を実施したりする例も少なくなく、昭和五七年に実施された日本監査役協会の調査によれば、上場会社の調査対象会社一、一九四社の四一・三％が監査役会を設置しており、監査役会はないが随時協議制を採っている会社が三四・三％

であったという。⁵⁶ なお、監査役会の法定化の理論上の理由として、監査方法の点で個別的監査より組織的監査のほうが効果的であること、監査の前提となる情報収集の点で効果的な監査を行うための効率的な情報収集とその情報の共有化が可能であること、監査役会を介して監査役が相互監視をし権限の濫用を予防する意味での監査の公正性を確保しうること、すでに生じている監査役の独任制と複数制の矛盾問題の解決と取締役会などとの力の均等関係の確立を可能にすることなどが挙げられている。⁵⁷

また、日本の法制審議会商法部会は、昭和四九年の商法改正の直後から始められた株式会社法の根本的な改正作業の展開過程において、監査役の独任制を維持しながら、複数監査役制・常勤監査役制の導入を提案するほか、複数監査役がいる場合のその職務分担ないし監査役会の法定化について幾多の論議および検討を重ねてき、最終的には、監査役制度の独任性の利点を損なわないという原則のもとに、平成五年の商法特例法の改正によって監査役会の法定化を実現することができたと言われ、その過程の詳細について、以下のように紹介されている。

まず、昭和五三年に法務省民事局参事官室から公表された「株式会社法の機関に関する改正試案」を基礎にして昭和五六年に法制審議会がまとめた「商法等の一部を改正する法律案要綱」においては、監査役が複数いる場合でも、監査の結果についての意見の提出および報告はそれぞれ監査役が個別に行うものとするという形をもって監査役の独任制の機関としての性格を変えないことを保障しながら、その監査についての意見の形成や具体的な行為の前提となる情報の収集については、各監査役が重複して行うのではなく、分担してこれにあたり、得られた情報を共通に利用できるようにして、複雑・広範な監査対象につき組織的に効率的かつ充実した監査を可能にするため、商法特例法上の大会社に複数監査役・常勤監査役制などの導入のほか、監査役の職務分担について、「監査役は、その全員の合意により、法律に定める意見の陳述または報告以外の職務の執行を分担することができる」ものとすることも提案されて

いる。しかし、昭和五六年の商法特例法の改正は、大会社における複数監査役・常勤監査役制の導入を実現させたものの、複数監査役のいる場合における職務分担制の法定化については、これだけの規定では監査役の独任制と本質的になじまない面があり、かなり根本的な手入れをしない限り立法技術上困難であって短時間の検討だけでその問題の解決は期待できないという理由のもとに、見送った。

しかし、監査役の職務分担ないし監査役会の法定化に関する立法論的な検討は中断することなく、それ以後の商法改正作業の過程において引き続き行われていた。たとえば、法務省民事局参事官室から公表された昭和五九年の「大小(公開・非公開)会社区分立法及び合併に関する問題点」のなかにおいては、監査報告書には各監査役の意見を表示しなければならぬとして監査役の独任制の長所を維持しながら「複数の監査役が選任されたときは、監査役会を構成する」ことが提案されている。

また、昭和六一年に民事局参事官室から公表された「商法・有限会社法改正試案」は、上述の昭和五九年の「問題点」と同様な趣旨をもって監査役の独任制の長所を保持しながら、さらに一歩進んで、「二人以上の監査役が置かれた場合には、監査役会を構成し、監査役会が監査を行う」と定めている。そのみならず、かような提案のもとに、法制審議会商法部会においては、平成元年の初め頃、複数の監査役がいる場合には、監査役会を設置し、監査役会には、各監査役の意見の表示を保障することを前提とする監査報告書の作成権、会社の業務および財産の状況の調査につき各監査役の行うべき事項を決定する監査計画決定権のほか、取締役会社間の訴えの会社代表者の決定権、取締役の監査役会への出席請求権、監査役の監査役会への報告義務などを認めるという監査役会に関する構想が具体化されている。言うまでもなく、同構想においても、監査役の独任制の原則の維持が明言されている。

しかし、平成元年の半ばには、監査役の独任制を維持する以上、監査役会の制度を設けても、あまり法律的な意味

がないという意見も強く、また、平成元年の末期に至り、上述の「商法・有限会社法改正試案」に基づく改正の範囲が大幅に縮小され、会社の機関に関する問題が平成二年の商法などの改正の対象から外されたため、監査役会の法定化は平成二年の商法等の改正においても実現されなかった。

平成四年に入り、法制審議会商法部は、日米構造問題協議におけるアメリカ側の社外取締役から構成される監査委員会の設置の要求に監査役制度の改善で対応するため、すべての株式会社における監査役の任期の延長、商法特例法上の大会社における監査役の員数の増加、いわゆる社外監査役の導入および監査役会の法定の検討を開始した。言うまでもなく、大会社における監査役の員数の増加や社外監査役の導入は、監査役会の法定の必要性を高めるものであるが、平成三年来次々に発覚した証券・金融不祥事も、監査役制度の改善に拍車をかけた。その結果、平成五年の商法等の改正が成立し、同改正法は、監査役制度について、すべての株式会社の監査役の任期を三年に延長し、商法特例法上の大会社につき、監査役の員数を三人以上に増加し、社外監査役を導入するとともに、監査役会を法定した。⁵⁸⁾

同改正は、商法特例法上の大会社について監査役会の設置を法定したのみならず、かかる監査役会に対して監査役会の決議をもって監査の方針、会社の業務および財産の状況の調査の方法その他の監査役の職務の執行に関する事項を決定する権限⁵⁹⁾（商法特例法一八条ノ二第二項本文）、監査報告書を作成する権限（商法特例法一四条二項等）、取締役からの計算書類とその附属明細書の提出および会計監査人からの監査報告書の提出などを受ける権限（商法特例法一二条・一三条一項等）、取締役または会計監査人の発見した重要な事実に関する報告を受ける権限（商法特例法九条一項、商法二七四条ノ二、商法特例法八条一項）、監査役にその職務の執行状況の報告を求める権限（商法特例法一八条ノ二第三項）のほか、会計監査人の人事に関するいくつかの権限——取締役の提出する会計監査人の選任に関する議案に対する同意権、およびその決議をもって取締役に対し会計監査人の選任を株主総会の議題とし、または

会計監査人の選任に関する議案を総会に提出することを請求する権限(商法特例法三条二項・三項・一八条ノ三第一項本文)のほか、一定の要件のもとに監査役会の全員一致の決議をもって会計監査人を解任する権限(商法特例法六条ノ二・一八条ノ三第一項但書等)など——を認めている。

また、前述したように、長年にわたる監査役会の法定に関する検討は、監査役の独任制の体制を維持しその長所を損なわないという原則のもとに進められてきたものであり、平成五年に成立した商法などの改正も、かような原則を守りながら実現されたものである。したがって、平成五年の商法などの改正は、商法特例法上の大会社について監査役会の設置を法定し、それに上述のような監査権限を認めると同時に、監査役の独任制体制を維持するために、監査役会の監査役の職務の執行に関する事項の決定権の行使は個々の監査役の権限の行使を妨げることとはできないと定め(商法特例法一八条ノ二第二項但書)⁶⁰、監査役会が作成する監査報告書に各監査役はその意見を付記することができる(商法特例法一四三条三項)ほか、商法などが認めている監査役の多くの権限、たとえば、営業報告請求権・業務財産調査権、取締役会招集権、取締役会出席権、取締役の違法行為差止権、取締役会社間の訴えにおける代表権、各種の提訴権・申立権などは、従来どおり各監査役が独自に行使できるものとしている。

以上に述べてきたところから明らかであるように、日本法における監査役会は、商法等の改正作業の展開過程において検討に検討を重ねて漸く平成五年の商法等の改正によって法定されたものである。しかも、商法上のすべての株式会社について認められたものではなく、商法特例法上の大会社(資本の額が五億円以上かまたは負債の合計金額が二〇〇億円以上の株式会社。同法二条)に限って法定されたものである。また、上述したように、監査役会の設置を法定した大会社においても、監査役の独任制の機関としての長所を維持するため、監査に関する一部の権限を監査役会に与えただけで多くの監査権限、とりわけ取締役の職務の執行に対する監査権および会社の計算書類とその付属明

細書に対する監査権などは、依然として各監査役が独自に行使できるように保障されている。したがって、日本法における監査役会は、純然たる合議制機関にはなっていないと言えよう。⁶¹⁾

(2) 中国における監査役会制度導入の背景

上述の日本法における監査役会の法定化に対し、中国の改革開放以来の会社立法法において最初に監査役監査制度を会社の内部機関構造の一環として任意的に認めた福建株式規定から統一会社法までのいずれの会社法規においても、監査役監査制度は監査役会の法定によって導入されており、監査役会は完全な合議制機関あるいは完全な会議体とされている。すなわち、中国の会社法規においては、監査役の取締役会出席権を除き、他の監査に関するすべての職務権限は、各監査役に与えられているものではなく、監査役会によって行使されるものとなっている。それでは、かような監査役会制度は、いかなる背景のもとに導入されたものであろうか。

中国法における監査役制度の導入の必要性について、その一つは、これまでにない強力かつ広汎な権限が付与された会社経営陣による不正行為を防止するためであり、もう一つは、労働者参加を実現するためであると論じられている。⁶²⁾もとより、かような必要性があったことは否定できないが、労働者参加はさておき、会社の経営者の不正行為を防止するためという理由は、監査役監査制度の導入を説明するに足りるとしても、これをもって監査役会による監査役監査制度の導入の必要性を説くには必ずしも十分であるとは言い切れないのではなからうか。しかも、中国の会社法規のいずれにおいても、経営陣、すなわち、取締役会・董事長・經理の業務執行に関して認められている権限は、前述したように、日本の会社法のそれに比べ、それほど強力かつ広汎なものではない。中国の会社法規より日本の商法のほうが会社の経営陣に一層強力かつ広汎な経営権を認めているにもかかわらず、⁶³⁾日本の商法上の株式会社には監査役会の設置が強制されていないことは前述のとおりである。

したがって、中国は、改革開放以来の会社立法において、監査役監査制度につき、日本の商法におけるような独任制の機関たる監査役監査制度ではなく、完全なる合議制の機関たる監査役会による監査制度を導入したことは、労働者参加を実現するためというほかに、会社制度の導入にあたっての会社、とりわけ株式会社の機関構造体制に関する法的認識が、より重要な意味を持ったのではないかと考える。

前述したように、中国において改革開放以来、株式制企業について盛んに議論されるようになったのは、一九八四年に企業の所有権と経営権の分離の理論による国有企業の改革が提唱されたときからである。しかし、この時期の議論では、主に株式制と社会主義の理念とが両立できるかどうかに重点が置かれており、株式制企業の内部機関制度にはあまり深く触れられていなかった。株式制企業の内部機関制度に若干触れている議論があるとしても、そのほとんどが株式制企業の所有と経営の分離の角度から、株主の代表、従業員の代表などによって構成される取締役会が株式制企業の最高意思決定機関となり、取締役会によって選任される経理が取締役会の決定に従って会社の業務執行を行うという点から株式制企業の内部機関制度を論じている程度で、かかる企業の監査役監査制度にほとんど触れていなかったのである。⁶⁴⁾

それにもかかわらず、一九八四年前後に、一部の地方に限って条件の整った一部の国有企業を株式制企業に改組するという株式制導入の試行を行ってもよいという政府の意向に加え、同じ時期に経済の過熱および激しいインフレの対策として採られた金融引締政策に多くの企業が資金の面で大いに悩まされたこともあって、一部の地方において国有企業または集団所有制企業を株式制企業に改組するいわゆる株式制導入の試行活動が行われるようになった。そして、一九八七年一〇月に開かれた中国共産党の第十三回全国大会において、「改革のなかから生まれた株式制には、国の保有株、部門・地方・企業の参入株、個人の購入株の諸形態があるが、これは社会主義企業における資産組織方

式の一つであり、引き続き試験的に実施してもよい」という党と政府の見解が示されたため、株式制導入の試行活動が第一次ピークを迎え、数多くの株式制企業が生まれる結果となったのは、前述のとおりである。

しかし、この時期の株式制導入の試行活動は、全国的な統一政策および法規制がなく、しかも株式制企業に対する正しい認識も形成されていないという状況のもとに行われたものであるため、同試行活動によって設立された株式制企業ほとんどが正規的なものではなく、非規範的なものばかりであったということが、一九八〇年代後半に行われた政府法制機関の担当官による調査により明らかにされている。そのなかで、同調査は、かかる株式制企業の内部機関制度について、株式制企業の多くは株主総会、取締役会、監査役会といった機関制度を採用しておらず、同調査を受けた九七社のうち、六四社の企業が監査役会を設けていないと述べている。もとより同調査を行った担当者は、株式制企業の非規範的要素を強調しているが、同調査から、この時点においては、株式会社の内部機関として株主総会と取締役会のほか、一般に「監査役」ではなく、「監査役会」があるという認識が明らかにされている。

それだけでなく、一九八〇年代後半に出版された一部の企業法や会社法の教科書のような著書においても、株式会社の機関として株主総会と取締役会のほかに、「監査役会」または「監査役委員会」が取り上げられている。また、かかる監査役会または監査役委員会の法的性質およびその職務権限について、監査役会または監査役委員会とは、取締役会の業務執行活動を業務と会計の両面にわたって監督・監査する監査機関であり、取締役会の業務執行活動を監督し、その違法行為を差し止めること、随時に会社の業務および財務を調査すること、会社の計算書類などを監査すること、取締役会に出席し、株主総会を招集することなどがその主な職務権限となると述べられている。⁶⁵⁾

そのほか、この時期の株式制および会社立法の問題に関する論説においては、株式会社では、その株主の權益を保障するために、一般に株主には取締役会の構成員たる取締役の選任・解任権や、監査役会の構成員たる監査役の選任・

解任権があるほか、会社が解散するときは株主に会社の残余財産の分配を受ける権利があると紹介しているものや、外国の会社法においては大規模の会社について二元制体制すなわち株主総会の下に取締役会と監査役委員会が設けられ、重大の事項について取締役会と監査役委員会の共同決定が要求されるという機関制度が実施されていると紹介しているものが見られる⁶⁶⁾。もとよりこれらの紹介がかならずしも正確とは言えなくても、いずれも株式会社には株主総会や取締役会のほか、監査機関としての「監査役会」または「監査役委員会」が存在すると認識している点で共通していると言える。

このような株式会社の機関体制、とりわけ株式会社の監査機関に対する認識のもとに、会社立法において初めて株式会社の監査役監査制度についての規定を設けた福建株式規定は、会社の監査機関の設置について取締役会の提案に基づいて株主総会が決定すると定めてその設置を任意的なものとしているが、監査機関の法的性格について、独任制の機関ではなく、合議制の機関たる監査役会の設置を定め、監査役会の構成については、取締役でない株主中から選任される監査役と会社の労働組合から選任される一名ないし二名の従業員代表によって構成されたと規定し、複数監査役制が採用されている(同規定三六条一項)。

中国においては、改革開放政策の進展に伴い株式会社の機関体制について株主総会、取締役会、監査役会の三機関の分立および相互牽制関係がその最大の特徴であると一般に認識され、それと同時に会社立法において監査役会が株式会社の必要かつ常置の機関として法定されるようになったのは、一九九二年に社会主義的市場経済体制の確立を中国の経済体制改革の目標とすることが明確にされたのに伴って、有限会社と株式会社が主要形態とするいわゆる現代企業制度の確立を企業体制改革の目標とするという国全体の基本方針が定められてからのことである。

まず一九九三年十一月の中国共産党の第一四期三中総会において採択された「社会主義市場経済体制の確立の若干

の問題に関する決定」のなかで、現代企業制度の特徴の一つとして、現代企業においては合理的な組織管理制度の確立により、所有者、経営者および従業員の相互間の関係が調整され、奨励と制約を結び付ける経営メカニズムが形成されることを取り上げている。また、ほぼ同じ時期に明らかにされた会社法制定の基本方針において、株式会社につき、所有を代表する制度として株主総会、経営を代表する制度として取締役会の設置が想定されているほか、また所有者の権利と利益を保護する措置の一つとして、所有者に対して直接責任を負う会社の監督制度の確立が要求されている。⁶⁷ そのほか、最も重要なのは、同じ一九九三年一月に公表された現代企業制度調査研究グループによる「社会主義市場経済体制に適應する現代企業制度の確立について」と題する調査研究報告が現代企業の機関制度について以下のように述べていることである。

会社企業（有限会社と株式会社を指す）においては、市場経済の発展に伴い、完全なる機関制度が形成されており、会社企業における所有者、経営者および従業員の間に、会社の意思決定機関、業務執行機関および監査機関の設置を通じて各自の独立・権限責任の明確化・相互制約の関係が成り立ち、しかもかような関係は法律や会社定款などによって確立されていることが、その最も顕著な特徴である。したがって、株式会社にあたっては、以下のような機関構造の構築が考えられる。

すなわち、株主総会は、会社の最高意思決定機関である。取締役会の構成員たる取締役と監査役会の構成員たる監査役の選任・解任権、会社定款の制定および変更権、会社の計算書類に対する審議承認権、投資および利益分配決定権などがその主要な権限となる。取締役会は、会社の業務執行機関であり、株主総会の決議の実施、業務執行に関する意思決定および実施、經理の選任・解任などがその主要な職権となる。また、取締役会において取締役の互選によって選任される董事長は、会社の法定代表者となり、同じく取締役会において選任される經理は、会社の業務執行の担

当者となり、会社定款の規定または取締役会の授權に従って、会社の日常経営管理の統括を行う。監査役会は、会社の監督機関であり、一定の割合で株主と従業員代表によって構成され、株主総会に対して責任を負う。監査役会は、会社の定款および法規定に基づいて取締役会および經理の業務執行を監督し、その権限の濫用を防止するほか、会社の財務会計を監査し、会社の利益および会社の業務執行の適法性を保障するものである。⁶⁸⁾

また、この時期における一般の議論においては、会社、とりわけ株式会社の機関制度のことが「法人治理構造」と呼ばれ、かかる株式会社の「法人治理構造」には、必ず会社の最高意思決定機関たる株主総会、会社の業務執行機関たる取締役会のほか、会社の監督監査機関たる「監査役会」が設置されるのが最も重要であると論じられている。⁶⁹⁾

このような株式会社の機関制度に対する認識のもとに、前述のように一九九二年以後の会社立法のいずれにおいても、株式会社について、⁷⁰⁾株主総会・取締役会と並んで、監査役会の設置が強制されている。すなわち、一九九二年以後の会社立法においては、株式会社の監査役制度は、独任制の機関ではなく、完全な合議制の機関あるいは完全な会議体の機関たる監査役会の設置によって確立されており、しかもそれは任意機関ではなく法定機関として定められているのである。

以上に述べてきたところから明らかなように、中国においては、株式制の導入の進展につれて、株式会社の機関制度について株主総会、取締役会のほかに会社の監査機関としてただの「監査役」でなく、「監査役会」が設置されるという認識が持たれ、それが一九九二年以後に一層明確になり、会社立法において監査役会の法定化が、日本と比べ、きわめて容易に実現されたのである。ここで問題となるのは、いかなる趣旨に基づいて監査役会が株式会社の監査機関として認識され、法定化されたかということである。

中国は、監査機関体制の確立について、ドイツ法型の二元制機関体制すなわち会社の業務執行機関と監査機関が分

立されている体制と、英米法型の一元制機関体制すなわち会社の業務執行機関と監査機関が分立されておらず、取締役会が会社の業務執行機関であると同時に、業務監査の機能をも有している体制に対する検討を行い、最終的に二元制機関体制を採用したと言われている。^⑪また、会社立法の過程において、株式会社は、その規模が大きいほか、株式が相当に分散しており、したがって、数多くの株主および会社債権者の利益を保護するために株主総会と取締役会と並んで監査役会を設置しなければならないが、これに対し、有限会社については、その規模のいかんによってその内部の機関制度を定め、若干緩和してもよいと強調されている。^⑫したがって、会社立法において大規模の企業形態たる株式会社に關しては、広範なる株主などの利益を保護するために、強力かつ広汎な経営権が認められている取締役会および経理と対抗できる監査役会による組織監査が必要であると判断されたようであろう。

中国において監査役会による監査制度が導入されたことにはもう一つきわめて重要な要素が存する。それは、すでに一部の学説によって指摘されたように、株式会社において労働者参加を実現するためにも監査役会の設置が必要だということである。

株式会社に於ける監査役会と労働者参加の關係について、ある学説は、「監査役会導入のもう一つの目的は、監査役会に労働者代表の参加を認め、労働者の経営参加を実現することである。国有企業においては、従来、主に従業員（代表）大会による労働者参加体制が採られてきたが、会社企業、とりわけ外資株による外国資本および個人株による個人資本の参入を認める会社においては、国有企業に於けると同様の参加体制を維持することは問題であろう。そのため、監査役会を導入し、会社企業に於ける労働者の地位そのものを新たに把握し直したものと云えよう」と述べている。^⑬正当であると考えるが、労働者の監査機関への参加を求める結果、複數監査役制が必要となることも監査役会の法定の可能性を高めることになると言えよう。

二 監査役会の法的性格と構成

(1) 監査役会の法的性格

(イ) 改革開放以来、初めて株式会社の監査役会に関する規定を設けたが、監査役会を任意の監査機関とした福建株式規定と株式規範を除けば、それ以後の会社立法のいずれも、株式会社について、監査役会の設置を強制しているほか、監査役会は、一定比率の従業員代表と、取締役と同様に株主総会において選任・解任される監査役によって構成されると定めている(深圳株式規定一二六条一項・一二七条一項・二項、上海株式規定九八条・九九条、海南株式条例一一五条、深圳株式条例一一四条・一一五条一項、広東会社条例一二三条一項・二項、会社法一二四条一項・二項)。そのため、中国法における監査役会は、まず取締役会との関係からすれば、日本法における両者の関係と同様に、取締役会と同列の機関として位置付けられていることになる。また、日本法における監査役会と同様に、中国法上の監査役会も法定の機関となっている。

(ロ) しかし、日本法における監査役会と比べ、中国法上の監査役会は、以下の二点において相当に異なっていることも明らかである。

(a) 前述したように、日本法における監査役会は、すべての株式会社に対してその設置が法定されたものではなく、商法特例法上のいわゆる大会社に限って法定化されたものである。しかも、大会社について法定された監査役会は、監査役の独任制の原則を維持し、かかる独任制の長所・利点を損なわないという原則のもとに導入されたものであるため、監査役会の主たる任務は、営業年度の始めにおいて監査計画を決定し、終わりにおいてその成果を持ち寄って監査報告書を作成することであると言われる⁽⁷⁴⁾ほど、株式会社の業務および会計を監査する主体とされていない。すなわち、日本法上の監査役会には、各監査役の監査権限の行使を妨げないことを前提とする監査計画の決定権、各監

査役の意見の記載を保障することを前提とする監査報告書の作成権のほかに、取締役会の提出する計算書類とその附属明細書、会計監査人の提出する監査報告書、監査役の監査に関する報告などを受ける権限、会計監査人の人事に関するいくつかの権限などが与えられているだけであり、商法上認められている監査役の業務執行および会計を監査する権限を担保する種々の権限は、従来どおり監査役が単独で行使しうるものとされている。換言すれば日本法における監査役会は完全なる合議制機関にはなっていないのである。

これに対し、中国法における監査役会は、株式会社の規模のいかんを問わず、すべての株式会社に對してその設置が要求されている。また、それが完全なる合議制機関とされているため、中国法においては、監査役の取締役会への出席権を除けば、⁽⁷⁵⁾監査機関のいずれの職務権限も、監査役が単独で行使しうるものではなく、監査役会によって行使される、いわば監査役会の専属権限とされている。

しかし、監査役会の運営に関する事項、たとえば、監査役会の招集権者、招集通知、議事運営、議事録の作成および備置などに関しては、具体的な法規定が置かれておらず、その多くが会社の定款の規定に委ねられることになる。監査役会の運営に関する規定があるとしても、統一会社法で、監査役会の招集は監査役の互選によって選任される招集権者によって行われると定め、監査役会の議事方式や決議の方法は会社の定款をもって定めるとしている（会社法一二四条一項後段・一二七条⁽⁷⁶⁾）ほか、一部の地方会社法規などにおいて、監査役会の決議は監査役の三分の二以上の多数をもってなすものと規定している程度である（深圳株式規定一二九条、上海株式規定九三条、株式規範六六条、深圳株式条例一一七条⁽⁷⁷⁾）。

このように監査役会の議事運営に関する規定が欠けていても、監査役会が会社の監査機関の権限主体とされる以上、監査機関のすべての職務権限は、監査役会の合意たる決議によって行使されることになり、監査役会の構成員たる監

査役の監査に関するすべての行為は、独自の判断によるものではなく監査役会の定めに基づいて行われ、各監査役の職務分担も監査役会の定めによって決められることは、推測できるところである。監査役会の決議方法については、統一会社法と広東会社法以外の会社法規では、監査役の三分の二以上または半数以上を決議の成立要件にしているのに対して、統一会社法などでは、それを会社の定款の規定に委ねる方式を採っているが、これは、決議要件の一種の緩和措置であるとも考えられる。その趣旨については、監査役会の各職務権限の性質に差異があること、会社法上の制度にかならずしも馴染んでいない実務界の未熟さを考慮し、独自の制度導入の便宜を図ったものであると解されているが、立法説明書の公表が行われていない現状では、これ以上その趣旨を明らかにすることはできないであろう。

いずれにせよ、中国法においては、監査役会は、すべての株式会社の法定機関とされているのみならず、会社の監査機関の職務権限の主体たる位置付けを有するものとして完全なる合議制機関ともされているのがその最大の特徴であると言える。中国法上の監査役制度は、日本法における監査役会の法定化過程において監査役会を完全なる合議制機関にすれば、各監査役の意見を多数決によって封じてしまうおそれがあると懸念された問題をはらむ可能性が十分に考えられるほか、現実において効果的な監査機能の発揮を妨げるおそれもないとは言えないであろう。⁷⁹⁾

(b) 日本法における監査役会と比べ、中国法における監査役会制度は、前述したように、従業員の会社経営参加を実現させるために設けられたものであるため、改革以来初めて監査役会に関する規定を設けた福建株式規定からその後には制定されたすべての会社法規に至るまで、一定比率の従業員代表の参加する監査役会を会社の一機関として位置付けているのが顕著な特徴の一つであろう。もとより監査役会への従業員参加方式の法定化過程においてドイツ法上の監査役会制度が最も参考にされたと思われるが、ドイツ法では、監査役会の構成について労使同数制が法定されているのみならず、監査役会は、会社の経営者たる取締役の選任・解任権を有し、また定款または監査役会は特定種

類の行為については監査役会の同意をもってのみ行いうる旨を定めることができるため、ドイツ法における監査役会は、取締役会に対しては上位の機関たる地位を有しており、⁸⁰この点は中国法上の監査役会制度とまったく異なっているのである。

従業員の企業参加問題は、社会主義体制を採っている国々のみの問題ではなく、資本主義体制の国々にも存在している問題である。そのみならず、資本主義体制の国々においても従業員参加の会社経営が重視されており、しかもそれなりの体制整備が長期間にわたって行われてきており、従業員の企業参加の具体的方式として、とりわけEC統合における法基盤の調整においては、監査役会参加以外に、従業員持株制による所有参加、取締役会参加、労使協議機関による情報参加の四方式があると言われている。⁸¹

社会主義体制を維持している中国においては、従業員の企業参加について、いかなる体制が採られているであろうか。まずこれは、伝統的な公有制企業制度と新たに導入された会社企業制度のもとでは相当に異なっていると言えよう。

伝統的な公有制企業、すなわち、国有企業および集団所有制企業の場合においては、周知のとおり、財産の公有制の観点から、企業の従業員は企業の主人公であると位置付けられているのみならず（企業法九条参照）、⁸²憲法において、「国有企業は法律の定めるところにより、職員・労働者代表大会その他の形態を通じて、民主的管理を実施する」と定め（憲法一六条二項）、「集団経済組織において民主的管理を実施し、法律の定めるところにより、管理要員の選挙および罷免ならびに経営管理に関する重大な問題の決定を行う」と定める（憲法一七条二項）ことによって、主人公たる従業員の企業経営管理に従事する権利が認められている。

また、これらの公有制企業においては、従業員の権利保護に関する一般の規定のほか、従業員の企業経営管理への

参加に関する規定も置かれている。たとえば、国有企業法は、国家は従業員的主人公たる地位を保障し、従業員の適法権益は法律の保護を受けると定めると同時に、企業は、従業員代表大会とその他の形式により民主管理を実施しなければならぬと定めている（企業法九条・一〇条）。なお、各従業員の企業参加の権利として、従業員には、企業の民主管理に参加する権利、企業の生産および事業活動に対して意見を述べ、提案する権利のほか、国家の関連機関に企業の真実なる状況を報告し、企業の責任者を批判し告発する権利があると規定している（企業法四九条）。

そののみならず、従業員による民主管理の基本方式として、一般に従業員全員から構成される従業員大会（従業員一〇〇人以下の集団所有制企業の場合。都市・鎮集団所有制企業条例二七条一項一号）または従業員の代表者から構成される従業員代表大会（すべての国有企業と従業員三〇〇人以上の集団所有制企業の場合。企業法一〇条・五一条、都市・鎮集団所有制企業条例二七条一項二号）の設置が義務付けられている。国有企業法を例にとってみると、このような民主管理の基本制度とされている従業員代表大会の法的性質について、従業員代表大会は、企業が民主管理を実施するための基本方式であり、従業員が民主管理の権限を行使するための意思決定機関であると定めている（企業法五一条一項）。また、かような従業員代表大会の権限として、①企業の経営方針、長期計画、年度計画、基本建設案、重大技術改造案、従業員訓練計画、留保資金の配分および使用案、財務予算・決算案、請負・リース経営責任制実行案などに関する報告を聴取し、これらの議案を審議し、かつ意見または提案を提出する権限、②工場長の提出する賃金調整案、奨励金分配案、労働保護・賞罰案、その他の重要な規則・制度を審議し、かつ承認または否決する権限、③従業員福利基金使用案、従業員住宅分配案およびその他の従業員の福祉生活に係わる重大事項を審議し決定する権限のほか、④企業の責任者に対する監督権およびその任免の提案権などが認められていることは、前述のとおりである。

社会主義的市場経済体制の確立を目指して展開されている改革開放の過程において、独立した企業法人体制の確立を通して、国家政府と企業の分離を図り、多様化されつつある投資主体、とりわけ個人株主や外国投資家からの投資をも受け入れられる企業形態として生まれた会社企業制度においては、言うまでもなく、従業員が企業の主人公であるような理念に基づく従業員企業参加体制の維持はきわめて難しい問題となるであろう。したがって、会社企業制度のもとにおいて、社会主義の理念を貫きながらいかなる従業員参加体制を構築すべきかは、会社制度の確立およびそのための会社立法における最大の課題の一つであるに相違ない。

これについては、まず株式制企業制度の導入の当初から、従業員の所有参加体制として従業員持株制が従業員の所有者たる意識と企業経営に関する意識の向上などの目的のもとに実施されている。⁸³後にこのような従業員持株制が既存企業の株式制企業への改組の方式として認められ、従業員持株制による株式制企業制度の導入試行活動の全国的展開が進められるようになり、⁸⁴しかも、自由経済体制の国々におけると同様に、かかる従業員持株制度は、会社がその従業員に当該会社の株式を取得させるために何らかの便宜を供与するという条件のもとに実施されている。また、会社立法も、とりわけ一九九二年に制定された会社法規も、この従業員持株制に関する種々の規定を定めている。

このほか、従業員の企業参加・利益保護制度として最も注目すべきは、統一会社法に定められている従業員の企業参加および従業員の権利保護に関する法規制である。ただし、統一会社法は、一定比率の従業員代表の参加する監査役会を法定したほか、以下のように従業員の企業参加およびその権利の保護に関する規制を定めているからである。

中国の統一会社法は、有限会社と株式会社の二形態のみを規定している。統一会社法上の有限会社と株式会社をさらに分類すると、有限会社については、国有独资有限会社（会社法六四条以下参照）および二つ以上の国有企業またはその他の二つ以上の国有投資主体の投資により設立された有限会社（会社法一六条二項・四五条二項等参照）と、

その他の一般の有限会社が認められている。株式会社については、上場株式会社（会社法一五一条以下参照）とその他の株式会社に分かれている。

まず、統一会社法は、すべての会社に対して、会社の従業員は、自己の適法的權益をまもるために、法に基づいて労働組合を組織し、労働組合活動を展開する権利があると定めているのみならず、会社が自社の労働組合に必要な活動条件を提供することを要求している（会社法一六条一項）。実は、企業の従業員が労働組合を組織し、それに参加する権利は、一九九二年四月に制定された労働組合法によってすでに認められている（労働組合法二条・三条）。それにもかかわらず、統一会社法が再び従業員のそのような権利を定めることは、労働組合による従業員の權益の保護を会社法という次元から強調する必要があると考えたものであろう。言うまでもなく、会社における労働組合の活動は、一般に言う従業員の企業参加の問題とは区別されるべきものである。⁽⁸⁵⁾

次に、統一会社法は、会社の種類のいかんを問わず、すべての会社に対して①会社は、従業員の賃金、福祉厚生、安全生産、労働保護および労働保険などの、従業員の切実な利益に係わる問題を決定する場合には、事前に会社の労働組合、および従業員の意見を聴取し、かつ労働組合および従業員の代表を招いて関係会議に列席させなければならないこと（会社法五五条・一二一条）、②会社は、生産経営上の重大問題を検討・決定し、または重要な規則制度を制定する場合には、会社の労働組合および従業員の意見または提案を聴取しなければならないこと（会社法五六条・一二二条）を定め、従業員の一種の情報参加制を規定している。⁽⁸⁶⁾

なお、統一会社法は、国有独資有限会社および二つ以上の国有企業または二つ以上の国有投資機関の投資により設立された有限会社について、これらの会社の財産の実質はいずれも国有財産であることを考慮して、これらの会社において、「憲法および関係法律の規定に基づいて従業員代表大会およびその他の方式を通じて民主的管理を実行す

る」という、国有企業とほぼ同様な原則を定めている（会社法一六条二項）。すなわち、これらの会社においては、国有企業と同様に従業員代表大会またはこれとほぼ同質な従業員の参加する機関の設置を義務付けていることになる。最も重要なのは、これらの会社について、従業員の会社経営参加の方式として、従業員によって民主的に選出された一定比率の従業員代表の取締役会への参加を要求していることである（会社法四五条二項・六八条二項後段）。

統一会社法は、従業員の会社経営参加のもう一つの方式として、すべての株式会社と規模の大きな有限会社に対して、監査役会の設置を法定化し、それに従業員によって民主的に選出された一定比率の従業員代表の参加を要求していることである。かような従業員の参加する監査役会による従業員の会社経営参加方式は、前述したように、改革開放以来、初めて監査役会の設置に関する規定を設けた福建株式規定のほか、一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定、海南株式条例、株式規範、一九九三年に制定された深圳株式条例および広東条例のいずれにおいても法定されている制度である。⁸⁷⁾

しかし、従業員の参加する監査役会の実効性に影響を及ぼし、かかる監査役会の効果を評価する際の決め手となる従業員代表の比率および監査役会の決議方法については、統一会社法がそのいずれをも定款の規定に委ねているのに対し、その他の会社法規のうち、福建株式規定がその決議方法に関する規定を設けず、広東条例がそれを定款の規定に委ねていることを除けば、いずれも、監査役会に参加する従業員代表の比率および監査役会の決議方法について明確な規定を設けている。

まず、監査役会に参加する従業員代表の比率について、監査役会を会社の任意機関としている福建株式制規定は、企業の労働組合において選出される一名ないし二名の従業員代表の参加を要求している（同規定三六条一項参照）。他の会社法規には、会社の従業員によって民主的に選任・解任される従業員代表を監査役会の構成員の三分の一とし

ているもの（深圳株式規定一二七条二項、上海株式規定九〇条二項前段、深圳株式条例五一条一項前段）もあれば、それを三分の一以上二分の一以下としているもの（海南株式条例一一五条二項、株式規範六四条二項、広東会社条例一二三条二項前段）もある。⁽⁸⁸⁾そして、監査役会の決議方法については、これに関する規定を設けていない福建株式規定とこれを定款の規定に委ねている広東会社条例以外の会社法規においては、そのほとんどが、監査役会の決議は三分の二以上の監査役の賛成をもってなすものと定めている（深圳株式規定一二九条、上海株式規定九三条、株式規範六六条、深圳株式条例一一七条）が、なかには取締役会の決議方法に関する規定を準用して、監査役会の決議は半数以上の監査役の賛成をもってなすものと定めているものもある（海南株式条例一一八条・一〇五条）。

要するに、統一会社法以外の会社法規においては、一定の差異があるにしても、ほとんどが、監査役会における従業員代表の比率および監査役会の決議方法について明確な規定を設けている。これに対し、統一会社法が、そのいずれについても明確な規定を設けず、それを定款の規定に委ねることとしている理由は、かならずしも明らかでないが、監査役会制度をより実施しやすいものとするためではないかと推測しうるにとどまる。⁽⁸⁹⁾統一会社法のもとにおける会社運営の実務で、監査役会における従業員代表の比率および監査役会の決議方法について定款にいかなる規定を設けているかの実例もそれほど多くは紹介されていないが、ある資料によれば、ある株式会社の定款には、監査役会の構成について、監査役会は、三名の監査役により構成され、従業員委員会によって選任・解任される従業員代表を全体数の三分の一とし、その他の三分の二は株主総会によって選任・解任されるものとする定められ、監査役会の決議方法について、監査役会の決議は三分の二以上の監査役の賛成をもってなすものとし、監査役会の会議は、三分の二以上の監査役が参加し、かつそのうちに、株主の代表たる監査役と従業員代表たる監査役とが含まれている場合に限る、有効なものとする定められている。⁽⁹⁰⁾これだけでは即座に判断できないが、実際の会社の運営においては、ほぼ

その他の会社法規に定められているところ、すなわち、監査役会における従業員代表の比率を三分の一、または三分の一以上二分の一以下とし、監査役会の決議方法について監査役の三分の二以上の賛成をその成立の要件とするようなことがそのまま定款に定められるケースも少なくないであろう。

いずれにしても、前述したように、監査役会制度は、従業員の経営参加の重要な方式として導入されたものであり、この意味で監査役会の評価にとって最も重要な要素とも言うべきは従業員代表の比率および監査役会の決議方法のいかんである。したがって、この比率を三分の一または三分の一以上二分の一以下とすべきかどうか、また監査役会の決議方法について監査役の三分の二以上の賛成を決議成立の要件にすべきかどうかについては、まだ検討する余地が十分あると思われる。けだし、監査役会における従業員代表の比率を三分の一とし、監査役会の決議の成立の要件として監査役の三分の二以上の賛成を要求するような一部の会社法規の規定によれば、従業員代表たる監査役の意見が容易に押さえ込まれてしまう結果になりかねないからである。

特に、統一会社法のように、監査役会における従業員代表の比率および監査役会の決議方法のような重要な事項に関する具体的な法規定を置かず、それを定款の規定に委ねることは、監督・監査の対象たる経営者の意向によって、監査役会における従業員代表の比率がさらに引き下げられ、または監査役会の決議要件がさらに軽減されることにより、従業員代表たる監査役の意見がほとんど反映されないおそれがある。そうすれば、従業員の経営参加を実現させるための制度として導入された監査役会は、その存在意義を失ってしまう結果になる。したがって、監査役会が従業員の経営参加のための制度として機能し、かつ効果的な監査が可能であるために、監査役会における従業員代表の比率および監査役会の決議方法をさらに検討して具体的な法規定をもってそれを明確に定めるべきであろう。

(2) 監査役会の構成

(イ) 員数・任期・資格

監査役会の員数について、明文の規定を設けなかった福建株式規定以外の会社法規では、そのいずれにおいても、監査役会の構成員は三名以上でなければならず、従業員代表たる構成員は、従業員によって民主的に選任・解任され、その他の構成員は株主総会によって選任・解任されるものとする⁹¹ことが定められている(深圳株式規定一二七条、上海株式規定九〇条、海南株式条例一一五条、株式規範六四条一項前段・二項・三項、深圳株式条例一一五条、広東会社条例一二三条二項、会社法一二四条一項前段・二項)。また、監査役の任期について、それを会社の定款の規定に委ねている法もあれば(深圳株式条例一一五条二項・広東会社条例一二三条三項)、監査役の任期は、四年を超えてはならないが、任期満了の際の再任を妨げないと定めている法もある(海南株式条例一一五条一項後段)。それ以外の会社法規においては、いずれも監査役の任期を三年とするが、任期満了の際の再任は妨げないものと定めている(深圳株式規定一二七条一項、上海株式規定九一条、株式規範六四条一項後段、会社法一二五条)ので、これらの会社法では、監査役の任期は確定三年とされていることになる⁹¹。

監査役の資格について、中国の会社法規は、原則として何らの規定も設けていないが、統一会社法と海南株式条例においては、監査役に取締役と同様な欠格事由が定められている(会社法一二八条・五七条、海南株式条例一一六条・一〇〇条)。また、監査役の法的性質を考慮し、監査役の独立性を確保するため、中国の会社法規は、そのいずれも監査役の兼任禁止に関する規定を設け、会社の取締役、経理および財務責任者などの高級管理者は、当該会社の監査役を兼任してはならないと定めている(深圳株式規定一二六条二項、上海株式規定九一条二項、海南株式条例一一六条二項、株式規範六四条五項、深圳株式条例一一五条三項、広東会社条例一二三条四項、会社法一二四条三項)。

そのうち、企業と行政府の分離、いわゆる「政企分離」を図るために、国家公務員の監査役兼任の禁止を定めている法規もある（会社法一二八条二項・五八条、海南株式会社条例一一六条一項・一〇〇条五号⁹²）。一部の会社法規においては、従業員代表以外の監査役について、株主であることが要求されている（深圳株式会社条例一一五条一項後段、広東会社条例一二三条二項後段⁹³）。

なお、統一会社法においては、会社は子会社を設立することができると定められている（会社法一三条二項）。したがって、監査役の地位の完全なる独立性を維持するためには、日本の商法のように、監査役の取締役、経理などの兼任禁止は、当該会社のみならず、その子会社にまで及ぶべきであろう。すなわち、監査役は当該会社またはその子会社の取締役、経理および財務責任者などの経営管理者を兼任することができないという趣旨の規定を設けるべきであろう（商法二七六条参照）。

(ロ) 監査役の選任・解任

監査役会における従業員代表たる監査役の選任・解任については、なかには、会社の労働組合の選任する一名ないし二名の従業員代表の監査役会への参加を要求している法規（福建株式規定三六条一項後段）や、監査役会に参加する従業員代表は、従業員大会によって選任・解任されるものとしている法規（上海株式規定九〇条二項前段）もあるが、それ以外の会社法規は、前述したように、従業員代表たる監査役は、従業員によって民主的に選任・解任されるものと定めているだけで、具体的にいかなる従業員の組織において、またいかなる選任・解任の手続によって選任・解任されるのか、明らかではない。おそらく、現実においては、従業員代表たる監査役は、会社の労働組合または労働組合が統括する従業員選挙活動によって選任・解任されることになっているであろう。いずれにせよ、労働組合法との調整を重視しながら、確実に従業員代表たる監査役が選出されることを保障するために会社法においてその選任・

解任に関する具体的な規定(それを定款の規定に委ねることを言明する規定をも含む)を明確に定めるべきであろう。

従業員代表以外の監査役の選任・解任については、それを株主中から選出するべきかどうかに関する規定上の差異はあるが、いずれの法規も、株主総会において選任・解任することを要求している(深圳株式規定一二七条三項、上海株式規定九〇条二項後段、株式規範六四条三項、海南株式条例九〇条五号⁹⁴、深圳株式条例一一五条一項後段、広東条例一二三条二項後段、会社法一〇三条三項前段)。しかし、ほとんどの会社法規が、株主総会における監査役の選任・解任決議を普通決議事項としているのに対し、深圳株式条例のみがそれを株主総会の特別決議事項としている(同条例八二条二項七号・二項)。また、同じく普通決議事項としているとしてもその普通決議の要件が法によって異なっている。それを分類すると、株主総会の普通決議は、株主総会に出席する株主の議決権の半数以上をもってなす(定足数が定められていない)と定めている法規もあれば(会社法一〇六条二項前段⁹⁵)、普通決議は、会社の発行済株式総数の半数以上を有する株主が出席し(定足数)、出席株主の議決権の半数以上をもってなすと定めている法規(深圳株式規定一〇三条、上海株式規定六四条二項、株式規範四六条一号)もあり、また普通決議は、会社の発行済株式総数の過半数にあたる株式を有する株主が出席し(定足数)、出席株主の議決権の過半数をもってなすと定めている法規もある(海南株式条例九二条、深圳株式条例八四条一号、広東会社条例一〇一条)。

かような普通決議の要件の差異はともあれ、株主総会による監査役の選任・解任、とりわけその解任について、取締役の解任の場合と比べ、監査役の地位の安定が取締役ほど保障されていないことが明らかである。ただし、取締役・監査役の選任・解任がともに株主総会の特別決議事項とされている法規においても取締役の解任については、別個の条文を設けて取締役がその任期満了前に正当な事由なく株主総会によって解任された場合は、当該取締役は会社に対して損害賠償を請求することができると定めており(深圳株式条例九八条)、また、取締役・監査役の選任・解任を

総会の普通決議事項としたうえで、取締役の解任のみについて、上記の深株式条例における取締役の解任と同旨の規定を定めている法規（広東会社条例九十九条七号・一〇二条・一一一条）もあり、さらに、統一会社法は、取締役解任自由の原則を排除して、会社は、正当な事由なく、任期満了前の取締役を解任してはならないと定めている（会社法一一五条二項）が、監査役の解任については、このような地位の安定の保護を図っていないからである。

日本の商法においては、監査役の解任について、取締役のそれに関する規定を準用することによって取締役と同様な地位の安定が図られている（商法二八〇条一項・二五七条一項・二項）のみならず、監査役の不当な解任を防止するために、監査役はその解任について意見を述べる権利が認められている（商法二七五条ノ三）。監査役の地位の安定を保障し、監査役の監督・監査機能を強化するために、中国の会社法規も、日本の商法におけるような監査役の地位の安定を保障するための規定を定める必要があると思われる。

（イ） 監査役の報酬と費用

（a） 監査役の報酬について、日本では、昭和五六年の商法改正までは、監査役の報酬につき取締役のそれに関する規定、すなわち取締役の報酬は定款にその額を定めなかったときは総会の決議で定めるものとするという規定を準用していたため、株主総会で取締役と監査役の報酬の額を一括して決定し、その範囲内で監査役の報酬の額を取締役会で決定するか、さらに取締役会でその決定を社長に一任する一般の実務を違法と解することができなかった。しかし、定款または総会の決議で監査役の報酬を決定することを要するのは、監査役にそれだけの額の報酬を保障するためであるから、監査役の報酬は取締役のそれと別々に決定すべきであり、決定された報酬の範囲内で、監査役だけの合意で具体的な報酬額を決定しうるようにすべきであると主張する見解が有力的に唱えられていた。昭和五六年の商法改正は、このような見解を尊重し、監査役の独立性を保障するため、監査役の報酬に関する単独の規定を設けて、

監査役の報酬の額を定款または総会の決議で取締役の報酬の額と区別して定めるべきものとともに、監査役は、総会において監査役の報酬について意見を述べることができ、また、監査役が数人ある場合において各監査役の受けるべき報酬の額につき定款の定めまたは総会の決議がないときは、その額は定款または総会の決議で定めた報酬の範囲内で監査役の協議で定めるものとしたのである（商法二七九条・二七五条ノ三）⁹⁶。

中国では、取締役と監査役の報酬に関する単独の規定が定められておらず、いずれの会社法規においても、監査役の報酬の額などが株主総会の決議事項、それも普通決議事項の一つとしてその他の決議事項とともに一個の条文により列挙されているのが特徴の一つであろう。したがって、中国の会社法規においては、監査役の報酬の額などに関する事項は株主総会の普通決議によって決定されることになるのである。

ただし、統一会社法以外の会社法規においては、取締役・監査役の選任・解任とその報酬の額およびその支払いの方法が株主総会の決議事項の一つとして同一項目に定められている（深圳株式規定一〇二条七号、株式規範四三条一項六号、深圳株式条例八二条一項七号、広東会社条例九九条七号⁹⁷）のに対し、統一会社法では、取締役の選任・解任およびその報酬に関する事項と監査役の選任・解任およびその報酬に関する事項とが別個の項目となっているのみならず、役員の報酬についてその他の会社法規のようなその報酬の額およびその支払いの方法という文言ではなく、その報酬に関する事項という文言が使われている。すなわち、統一会社法第一〇三条二号に取締役の選任・解任およびその報酬に関する事項が列示され、その三号に監査役のそれらが列示されているのである。

これがいかなる立法趣旨に出たものかについての説明がないため、その趣旨を明らかにするのは困難であるが、監査役の報酬などに関する事項を取締役のそれと別に列示することは、おそらく、監査役の独立性を保障するための考慮によるものと推測することができよう。また、「その報酬に関する事項」という定め方は、その事項に当然、役員

の報酬の額およびその支払いの方法が含まれると解しうるほか、各監査役の受けるべき報酬の額の決定方法なども含まれると解しうるであろう。

いずれにしても、各監査役の受けるべき具体的な報酬額の決定に関する規定が置かれていないのは問題の一つと言ふべきであり、また監査役の報酬の公正たる決定を保障するために、日本法のような監査役のその報酬についての意見陳述権の法制化も検討に値するであろう。

(b) 監査役の費用については、日本では、昭和五六年の商法改正までは、それにつき明確な法規定が定められていなかったが、監査役は会社との委任関係に立つ受任者であるから、民法の規定によりその費用を請求することができた（日本民法六四九条・六五〇条一項・二項）。しかし、請求される費用がその職務執行に必要なものであるかどうかの举证責任は監査役にあったとされている。昭和五六年の商法改正は、監査役の費用の請求を容易にするために監査役が職務の執行につき①費用の前払を請求したとき、②費用の支出をなした場合においてその費用および支出の日以後における利息の償還を請求したとき、③債務を負担した場合においてその債務を自己に代わって弁済すべきこと、もしその債務が弁済期にないときは相当の担保を提供することを請求したときは、会社は、その費用または債務の負担が監査役の職務の執行に必要なことを証明するものでなければ、これらの請求を拒むことができないものとするとして、監査役の費用に関する明確な規定を置いただけでなく、監査役の費用の必要性に関する举证責任を会社に転換させた（商法二七九条ノ二）。

中国では、監査役会が監査の主体であるため、監査役の費用でなく、監査役会の費用が法律用語となっている。このような監査役会の費用については、一部の会社法規はこれに関する規定を設けていない。たとえば、統一会社法や広東条例がそうである。これらの会社法規以外の会社法規は、上述の日本法のような詳しい規定は置かれていないが、

監査役会の費用について、監査役会はその職務権限を行使する際に、必要があれば弁護士、公認会計士および会計検査士などの専門家を招聘して、その職務権限の行使に協力させることができ、そのために要した費用（主にこれらの専門家に支払った招聘費または委託費を指す）は会社が負担すると定めているだけである（深圳株式規定一三〇条参照、上海株式規定九四条、海南株式条例一二一条、株式規範六七条、深圳株式条例一一八条）。

一般的に言えば、監査役会が会社の監督・監査機関である以上、その職務権限の行使に要した費用について、会社がそれを負担するのが当然のことである。問題になるのは、その費用の必要性についての举证責任が会社にあるのか、それとも監査役会にあるのかである。このような観点からすれば、専門家の協力を得るために要した費用について、その必要性の举证を要求せず、その費用は、会社が負担するものと明確に定めたことは、専門家の協力による効果的な監査を保障するのにきわめて重要であると言える。また、監査役会の費用について何らの規定も設けていない法規はもとより、専門家の招聘に関する費用のみについて規定し、それ以外の費用について規定をなかった法規においても、いかなる費用が監査役会の職務権限の行使に必要なものかを判断する基準が不明確であるのみならず、監査役会により請求された費用の必要性についての举证責任が会社と監査役会のいずれにあるのかも問題になりかねないであろう。したがって、監査役会の独立性を保障し、監査役会の監査機能を強化するために、監査役会の請求できる費用の範囲をある程度確定し、その必要性についての举证責任を明確にする必要があるであろう。

三 監査役会の職務権限

(1) 監査役会の意義

日本では、商法には、監査役は取締役の職務の執行を監査すると定められているため、一般に、監査役とは、取締

役の職務の執行を監査することを任務とする株式会社の必要常設の機関であると解されている。また、商法上の監査役のこのような監査権は、会社の業務および会計の両面にわたるのに対し、商法特例法上のいわゆる小会社の監査役の監査権は会社の会計に関する監査のみに限定されている（商法二七四条、商法特例法二五条・二二条）ことを考慮して、監査役とは、株主総会で選任され、業務および会計の監査または会計の監査にあたる必要かつ常置の機関であると解する説もある。⁽⁹⁸⁾

いずれにせよ、商法特例法上の小会社の監査役以外の株式会社の監査役は、取締役の職務の執行を監査する必要かつ常置の監査機関として、会社の会計のみならず会社の一般業務についても監査を行う監査権限を有するものである。このことは、昭和二五年以後の商法の監査役に関する規定の変遷から明らかにされている。昭和四九年の商法改正前の商法は、監査役の職務権限に関する規定において、「監査役ハ何時ニテモ会計の帳簿及書類ノ閲覧若ハ謄写ヲ為シ又ハ取締役ニ対シ会計ニ関スル報告ヲ求ムルコトヲ得」と定め、同じ条文の第二項において「監査役ハ其の職務ヲ行フ為特ニ必要アルトキハ会社の業務及財産ノ状況ヲ調査スルコトヲ得」と定めていた（昭和四九年改正前商法二七四条）ため、監査役の職務権限は会社の会計に対する監査のみに限定されていたのみならず、その業務・財産状況の調査権も、監査役の職務権限たる会計の監査を行うため特に必要である場合に限って行使しうるものとされていたのである。

これに対し、昭和四九年の商法改正は、監査役の職務権限に関する規定においてその第一項に「監査役ハ取締役ノ職務ノ執行を監査ス」と定めて、監査役の職務権限が会計監査だけでなく、いわゆる業務監査にも及ぶことを明らかにしたのみならず、その第二項において、「監査役ハ何時ニテモ取締役ニ対シ営業ノ報告ヲ求メ又ハ会社ノ業務及財産ノ状況ヲ調査スルコトヲ得」と定めて、監査役が取締役に對して報告を求めうるのは、会計に関する事項だけでなく

く、営業全般に及ぶものであることを明らかにすると同時に、監査役の業務・財産状況の調査権に課していた「特ニ必要アルトキハ」という要件を排除して、それを「何時ニテモ」行使しうるものとした(昭和五六年改正前商法二七四条)。また、昭和五六年の商法改正により、監査役が営業などに関する報告を求めうる対象に支配人その他の使用人を加えたため、その対象が拡大されたのである(商法二七四条⁹⁹)。

このような昭和四九年以後の商法改正の規定により、監査役の監査の対象が取締役の職務の執行の全般に及ぶから、監査役は、取締役が日常作成する会計帳簿や毎決定期に作成する計算書類およびその附属明細書についていわゆる会計監査を行うだけでなく、取締役が会社の運営、企業の経営のために行う事項についていわゆる業務監査をも行う権限を有する機関であると解されるようになった¹⁰⁰。

中国では、初めて監査役会の設置に関する規定を設けた福建株式規定と統一会社法を除けば、他のすべての会社法規において、規定上の差異はあるものの、監査役会の会社の監査機関としての意義を表す規定が設けられている。

そのうち、監査役会の意義を最も明確に表す規定を設けているのは、深圳株式規定である。同規定は、監査役会は、会社の常置監査機関であり、監督の機能を果たさなければならず、その主要職務は、董事長、取締役および經理、上級管理者などを監督し、これらの者の職権濫用による会社、株主および従業員の利益の侵害を防止することであると定めている(同規定一二六条一項)。これに対し、監査役会について、監査役会は、会社の業務活動を監督する機関であることだけを定めている法規として、海南株式条例(同条例一一五条一項前段参照)、深圳株式条例(一一四条前段)および広東条例(一二三条参照)を挙げることができる。深圳株式規定とこれらの法規の間にあるような定め方をしているものに、上海株式規定と株式規範がある。そのいずれも、監査役会の意義について、会社は、監査役会を設置し、取締役会およびその構成員、經理等の管理者に対して監督権限を行使させると定めている(上海株式規

定八九条前段、株式規範六三条参照)。

監査役会の意義について上述のような規定を設けている法規にせよ、これについてまったく規定を設けなかった法規、たとえば統一会社法にせよ、また、規定の仕方に種々の相違点があるものの、監査役会に会社の会計についての監査権いわゆる会計監査権を認めているだけでなく、会社の業務執行に対する監査権いわゆる業務監査権も定めているため、中国法における監査役会も日本法における大会社・中会社（商法特例法上の大・小会社以外の株式会社を指す）の監査役と同様に、会社の業務執行担当者の職務執行を業務と会計の両面にわたって監督・監査する会社の必要かつ常置の機関であると解することができよう。監査役会の意義について何らの規定をも設けなかった統一会社法が制定・公布された後に出版された会社法の教科書や会社法に関する解説書および注釈書などにおいても、監査役会の意義について、監査役会は、会社の業務活動を監督させるために設置された会社の監査機関であり、その職務権限は、会社の業務執行機関たる取締役会およびその構成員、經理の業務執行活動の監督・監査だけでなく、会社の会計の監査に及ぶものであると解釈されている¹⁰⁾。

しかし、それまでの会社立法の経験およびその主要な成果の集大成とも言うべき統一会社法が、なぜ監査役会の意義に関し、それまでの会社立法に見られるような規定のいずれをも採用しなかったのかについては、立法の説明書などが見当たらないため、この問題を説明するのがきわめて困難である。しかし、統一会社法以外の会社法規の関係規定を見る限り、監査役会は、会社の取締役会・取締役・經理などの上級管理者の職務の執行を監査するものと定めている（深圳株式規定、上海株式規定、株式規範など）か、または漠然と監査役会は、会社の業務活動を監督する機関であると定めている（海南株式条例、深圳株式条例および広東会社条例）。前者の場合においては、監査役会の監査を受ける対象が取締役会・取締役・經理以外では上級管理者とされているが、いわゆる上級管理者とはいかなる者を指

しているかが不明確であるほか、会社の使用人がその監査を受ける対象にならないという問題が残されている¹⁰²。後者の場合においては、「会社の業務活動を監督する」という抽象的な表現が使われているため、その具体的範囲の特定が解釈上きわめて困難であるという問題がある。したがって、統一会社法は、その立法の過程においてこのような問題を避け、監査役会の職務権限の明確な定めを通してその意義を示せば足りると判断して、上述の他の法規に見られるような監査役会の意義を示す規定を設けなかったのではないかと推測される。

(2) 監査役会の職務権限

日本の商法は、商法特例法上の小会社以外の株式会社の監査役の職務権限について、監査役は、取締役の職務の執行を監査すると定める（商法二七四条一項）とともに、監査役は、いつでも取締役および支配人その他の使用人に対し営業の報告を求め、または会社の業務および財産の状況を調査することができるとして、監査役のこの基本職務権限を保障するための基本的・中心的権限とも言うべき監査役の営業報告請求権・業務財産調査権を定める（商法二七四条二項）¹⁰³。ほか、以下のような監査役の種々の権限を定めている。

監査役が取締役の業務執行を知りかつ取締役会において違法または著しく不当な決議がなされるのを防止しうるようにするために、監査役は取締役会に出席して意見を述べることができるといふ監査役の取締役会出席権（商法二六〇条ノ三第一項）、取締役が会社の目的の範囲内でない行為その他法令もしくは定款に違反する行為をなしたはなすおそれがあり、監査役が取締役会の招集の必要を認めるといふ要件のもとに認められている監査役の取締役会の招集請求権および招集権（商法二六〇条ノ三第二項・二五九条三項）、監査役は、取締役が会社の目的の範囲内でない行為その他法令または定款に違反する行為をなし、これによって会社に著しい損害を生じおそれがある場合には、取締役に対してその行為を止めるべきことを請求しうるといふ監査役の違法行為差止権（商法二七五条ノ二）¹⁰⁴、

監査役は、会社が取締役に対しまたは取締役が会社に対して訴えを提起する場合に、その訴えについて会社を代表するという取締役会社間の訴えにおける会社代表権（商法二七五条ノ四）、¹⁰⁹新株発行無効の訴え（商法二八〇条ノ一五第二項）、資本減少無効の訴え（商法三八〇条二項）、合併無効の訴え（商法四一五条）および設立無効の訴え（商法四二八条二項）を提起する監査役の各種の提訴権、および整理開始の申立（商法三八一条一項）、特別清算開始の申立（商法四三一条一項）、業務・財産の検査命令の申立（商法四五二条一項）をなす監査役の各種の申立権である。

また、日本の商法は、監査役の職務権限の行使を容易ならしめるため、取締役が会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見したときは、直ちにそれを監査役に報告しなければならないという取締役の報告義務を定める（商法二七四条ノ二）ほか、取締役は三カ月以上一回以上その業務の執行の状況を取締役に報告することを要するものとし（商法二六〇条三項）、取締役に出席して意見を述べる権限を有する監査役の職務権限、とりわけその業務・財産の状況調査権の発動を促すことも期待している。¹⁰⁶

それでは、中国の会社法規においては、監査役会のいかなる職務権限が定められているであろうか。

前述したように、中国法における監査役会が、その意義または位置付けに関する明確な規定が設けられていると否とを問わず、会社の業務執行機関の職務の執行を業務と会計の両面から監査する機関であることは明らかである。監査役会のこの基本的職務を果たすために定められている監査役会の具体的な職務権限は法によって一定の相違があるものの、概ね以下のとおりである。

(a) 一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定および株式規範においては、それぞれの規定に一定の差異はあるものの、基本的には監査役会の同様な職務権限が定められていると言えよう。これらの法規によれば、監査役会には、取締役に出席する権限、取締役・経理などの経営管理者の業務執行行為につき法律、定款および株主

総会の決議に違反するものの有無を監督する権限、会社の業務および財務状況を検査し、会計帳簿およびその他の会計関係資料を検査・閲覧し、かつ会社の業務執行を担当する取締役および経理に対してその業務状況に関する報告を請求する権限、取締役会が株主総会に提出しようとする計算書類(貸借対照表、損益計算書、財務状況変動表、営業報告書および利益分配案)などの財務諸表を監査する権限、臨時株主総会の招集の請求権または招集権、会社を代表して取締役と交渉しまたは取締役に對して訴えを提起する権限があると定められている(深圳株式規定一二八条、上海株式規定九二条、株式規範六五条一項参照)。

ただし、監査役会の取締役会への出席権について、上海株式規定は、監査役会の構成員たる各監査役の取締役会への出席権を認めている(同規定九二条一項前段)のに対し、深圳株式規定と株式規範は、いわゆる監査役会の主席・副主席または監査役会の代表に限ってその出席権を認めている(深圳株式規定一二八条一号前段、株式規範六五条一項一号)。このように取締役会への出席権を一部の監査役に限って定めている法規には、ほかに海南株式条例と広東条例があるが、そのいずれも、監査役会は、その代表を派遣して取締役会に出席させる権限があると定めている(海南条例一一七条一号、広東会社条例一二四条一号)。

言うまでもなく、監査役会の監査機能を強化するためには、各監査役の取締役会への出席権を認めるべきであると言えようが、前述したように、中国法における監査役会は、日本法のそれと異なり、会社の監査職務を担当する主体となっており、監査役会に関する規定があまり整備されていないという問題があるにしても、一応、監査役会による組織監査制が採られている以上、法定の者たとえば監査役会の主席など、または監査役会の決定する者に限ってその出席権を認めることも、監査役の職務分担を明確にし、組織監査の機能を維持することによって意味があると思われる。

また、監査役会の会計監査、とりわけ決算期における計算書類などの財務会計書類に対する監査権について、深圳株式規定と株式規範は、監査役会は、これらの計算書類に不当な点があると認めるときは、公認会計士、会計検査人など会計専門家に依頼してこれらの計算書類を検査させることができる（深圳株式規定一二八条四号後段、株式規範六五条一項四号後段）のに対して、上海株式規定には同様な規定がない。しかし、前述したように、これらの法規のいずれにおいても、監査役会の費用について、同様な規定、すなわち、監査役会は、その職務を執行する際に、弁護士、公認会計士、会計検査人などの専門家の協力を得ることができ、そのための費用は、会社がこれを負担すると定めているため、実際に、上海株式規定のもとにおいても、監査役会は、公認会計士、会計検査人などの専門家に依頼して、計算書類を検査させることができる（と解すべきであろう）。

なお、深圳株式規定と株式規範では、監査役会に臨時株主総会の招集請求権しか認められていない（深圳株式規定一二八条五号、株式規範六五条一項五号）。これに対し、上海株式規定では、監査役会の臨時株主総会の招集請求権のみならずその招集権も認められている（同規定九二条五号）。また上海株式規定と株式規範では、前述したように、監査役会の意義を示す規定において、監査役会は、取締役会およびその構成員ならびに経理などの管理者に対して監督機能を果たすものと定められているが、その具体的権限として、法令、定款および株主総会の決議に違反する行為の有無を監督するとされているため、監査役会の業務監査は、適法性監査に限られるものなのか、それとも妥当性一般にも及ぶものなのか法解釈上の問題になりかねないであろう。¹⁰⁸

(b) 海南株式条例、深圳株式条例および広東条例においては、そのいずれも、監査役会の意義を示す規定において、監査役会は会社の業務活動を監督する機関であると定めていることは前述したとおりである。そのみならず、これらの条例は、監査役会の共通の職務権限として、会社の業務および財務状況の検査権、取締役会および経理の職

務執行の監督権、計算書類などの会計書類の監査権を定めている(海南株式条例一一七条三号前段・二号・四号、深圳株式条例一一六条二号・四号・三号、広東条例一二四条三号・二号・四号)。

しかし、これらの条例のうち、監査役会の取締役会への出席権について、深圳株式条例では、上海株式規定と同様に各監査役の出席権が認められている(同条例一一六条一号)のに対し、海南株式条例と広東条例は、監査役会は、その代表を派遣して取締役会に出席させる権限を有すると定めている(海南株式条例一一七条一号、広東会社条例一二四条一号)。また、海南株式条例は、監査役会の業務および財務状況の検査権について、監査役会は、会社の業務および財務状況を検査し、会計帳簿およびその他の会計資料を調査・閲覧し、かつ問題があると認める事項について、取締役会および経理に対してかかる事項に関する書面報告を請求する権限を有すると定めている(同条例一一七条三項)のに対し、深圳株式条例と広東条例では、監査役会は会社の業務および財務状況を検査する権限を有すると定めているだけであり、会計帳簿などの会計資料に対する調査・閲覧権はもとより、最も重要な意味を持つとも言えるべき取締役および経理に対する報告請求権も定めていない(深圳株式条例一一六条二号、広東条例一二四条三号)。なお、深圳株式条例と広東条例は、監査役会の臨時株主総会の招集請求権しか認めていない(深圳株式条例一一六条五号、広東会社条例一二四条五号)のに対し、海南株式条例は、監査役会が必要があると認めるときは臨時株主総会を招集しうると定めて、監査役会の臨時株主総会の招集権を認めている(同条例一一七条五号)。

以上のほか、深圳株式条例と広東条例は、定款の定めるその他の権限という規定を置いて、定款の規定による監査役会の権限の拡張の余地を認めている(深圳株式条例一一六条七号、広東条例一二四条七号)のに対し、海南株式条例は同様な規定を置いていない。しかし、同条例は、監査役会の計算書類の監査権について、その監査の結果につき意見書を作成して株主総会に報告することを要すると定めている(同条例一一九条)のに対し、深圳株式条例と広東

条例は、後述するようにその他の会社法規と同様な監査役会の定時総会における監査活動報告義務に関する規定を置くが、計算書類の監査結果を意見書をもって総会に報告する義務に関する規定は設けていない。

また、この三条例のいずれも、監査役会は、取締役会および經理の職務執行を監督する権限があると定めているから、かような監督権は、適法性監督にとどまらず、妥当性一般にも及ぶと解すべきであろう。しかし、深圳株式条例と広東条例と異なり、海南株式条例は、別個の条文を設けて、監査役会は、取締役会および經理の法令、定款または株主総会の決議違反の行為について即時にそれを止めさせなければならず、かつ必要があれば、それを株主総会または政府の関連部門に報告することができると定めているため、同条例において、監査役会の業務監査は適法性監査に限られるものとされているのではないかと思われる（同条例一二〇条参照）。なお、深圳株式条例と広東条例は、前述の一九九二年の会社法規と同様に、監査役会の取締役・經理会社間の交渉または訴訟における会社代表権を認めている（深圳株式条例一一六条六号、広東条例一二四条六号参照）のに対し、海南株式条例は同様な規定を設けていない。

要するに、この三条例においては、上述のような相違点があっても、監査役会の基本的職務として会社の業務活動を監督すると規定されているほか、この基本的職務を履行するための個別的かつ具体的な職務権限として、①各監査役または一部の監査役の取締役会への出席権および臨時株主総会の招集請求権または招集権、②会社の業務および財務状況の検査権、③取締役会および經理の職務執行を監督する権限、④計算書類などの会計書類および関係資料の閲覧・監査権、⑤取締役・經理会社間の交渉または訴訟における会社代表権（海南株式条例にはかような権限が定められていない）、⑥定款に定めるその他の権限が認められている。しかし、海南株式条例や一九九二年に制定されたその他の会社法規のいずれにおいても、ほぼ日本の商法第二七四条二項の規定と同様に、監査役会は、会社の業務およ

び財務状況を検査し、会計帳簿およびその他の会計関連資料を閲覧・検査し、かつ、会社の業務執行を担当する取締役および経理に対して、業務状況に関する報告を求めることができることと定められていることは、前述のとおりである。これに対し、監査役の職務を履行するのに最も重要な権限ともいえるべきこの業務報告請求権は、一九九三年に制定された深圳株式条例と広東条例のいずれにおいても認められていない。

(c) 統一会社法においては、前にも触れたように、まず、監査役会の意義を示し監査役会の基本的職務を定めるような規定が置かれていない。そして、監査役会の具体的職務権限としては、①財務検査権、②取締役・経理による会社の業務執行に際しての法令または定款違反行為に対する監督権、③取締役・経理の行為が会社の利益を損なう場合の取締役および経理に対する是正請求権、④臨時株主総会の招集請求権、⑤定款に定めるその他の権限、⑥各監査役の取締役会への出席権が認められている(会社法一二六条)。

しかし、上述の会社法規と比べれば、統一会社法は、取締役の解任について、他の会社法が認めている取締役の解任自由の原則を排除して、取締役の地位の強化を図っている(会社法一一五条二項)にもかかわらず、監査役会の監査を適法性監査に限っている(会社法一二六条一項二号)ほか、他の会社法規が認めている監査役会の「業務・財務検査権」を会社の財務に限って認めている。これは、他の会社法規と最も異なる点である^{①)}。言うまでもなく、統一会社法は、その他の法規に定めなかった取締役および経理の行為が会社の利益を損なう場合のその行為に対する監査役会の是正請求権を定めているのがその特徴の一つであると言うべきであろう。

統一会社法における監査役会の職務権限に関する規定について、上述の他の会社法規における関連規定を考慮に入れて検討を加えると、以下のような問題があると言えよう。

第一に、以上に述べた他の会社法規においては、少なくとも業務および財務状況の双方に関する監査役会の検査権

が認められている^⑪。そのみならず、深圳株式規定、上海株式規定、株式規範および海南株式条例などにおいては、監査役会の業務および財務状況の検査権と同時に、会計帳簿およびその他の会計資料に対する閲覧・検査権のほか、業務執行を担当する取締役および経理に対する業務状況の報告請求権も定められている。これに対し、統一会社法は、監査役会の会計監査について、その計算書類などに対する決算監査権を認めていないほか、監査役会の監査機能を適法性監査に限定しているから、統一会社法における監査役会の監査は、会計監査よりむしろ業務監査が中心的任務とされているものと解すべきであろう。しかし、統一会社法は、監査役会の財務検査権を認めているだけで、取締役および経理に対する業務状況の報告請求権はもとより、他の会社法規が認めている監査役会の業務検査権自体も排除したのは、理解しがたいところである。

統一会社法が監査役会の計算書類などに関する決算監査権を認めなかった趣旨についてこれは、監査役が会計に関する専門的知識をかならずしも有しないため、むしろこれを専門家である公認会計士に委ねるほうがよいと判断したことに加えて、監査役会の監査対象を業務監査に限定しようとする意図に基づくものであると解されている^⑫。また、監査役会の監査を適法性監査に限定し、監査役会の業務検査・調査権を認めなかったのは、監査役会の会社経営に対する過度な経営関与をできる限り排除しようとする立法者の意図に基づくものと推測できよう^⑬。

第二に、統一会社法は、前述したように、他の会社法規と異なり、取締役および経理の行為が会社の利益を損なうことを要件に監査役会の取締役および経理に対する是正請求権を認めている（会社法一二六条一項三号）。しかし、これは、日本法における監査役の違法行為差止権（株主の違法行為差止権も同様であるが）のような、取締役および経理の違法行為がなされる前における事前の消極的な防止を目的とする制度なのか、それとも株主の代表訴訟権（商法二六七条以下参照）のような事後における積極的給付を目的とする制度なのか。一見すると、これは、日本法にお

ける監査役の違法行為差止権に類似するもののように見えるのみならず、一部の統一会社法に関する解釈書も、この規定に関する解釈のなかで日本法上の監査役の違法行為差止権制度を例に挙げている。¹⁵⁾しかし、統一会社法における監査役会のこの是正請求権は、その権限行使の要件と行使の方法のいずれを見ても、日本法上の監査役の違法行為差止権とまったく異なるものであると分析されている。¹⁶⁾

基本的には統一会社法における監査役会の是正請求権は、日本法上の監査役の違法行為差止権と異なる制度を定めたものと解すべきであると思われるが、この是正請求権に関する規定をいかに解釈すべきかは、きわめて重要な問題の一つであると言わねばであらう。すなわち、この是正請求権の要件として定められている「取締役および經理の行為が会社の利益を損なう場合」という文言をいかに解釈するかの問題がある。監査役会の是正請求権について、これは一種の事後における救済の措置を定めたものと解する説は、条文自体を「会社の利益を損なったとき」と訳し、その解説としてこれは、むしろ取締役および經理の行為が会社の利益に損害を与えたことを要件としているものと解している¹⁷⁾ほか、その是正の方法について監査役会は、取締役および經理に対し損害賠償を請求し、同様なことが二度と繰り返されないように勧告をすることができると同時に、状態が重大であれば、裁判所に取締役および經理の責任追求を求めることができると解している。¹⁸⁾

これに対し、この是正請求権を日本法上の監査役の違法行為差止権と同様なものと見る説は、その要件を定める条文を「会社の利益を損なったとき」よりはむしろ「会社の利益を損なうとき」と訳している。もとより、このような解釈の相違を生じた原因は、法律の条文自体にある。したがって、事前防止の措置とするのであれば、日本法のように、「会社の利益に損害を与えるおそれがあるとき」と要件を明確に定めるとともに、監査役会の是正請求権の濫用を防止する必要があるれば、取締役および經理の行為が法令または定款に違反し、これによって会社に「著しい損害を

与えるおそれがあると認めるとき」という厳格な要件を定めるべきであろう。他方、これが、一部の説のように、事後の救済措置を定めたものであるとすれば、条文中、損害がすでに発生していることが要件であることを明確に定める必要があると思われる。

いずれにせよ、統一会社法における監査役会の是正請求権制度は日本法における監査役の違法行為差止権制度と性質の異なるものであることは確かであると言わなければならない。ただし、両制度が以下のように異なっているからである。

日本法上の監査役の違法行為差止権は、損害の事前防止措置として、取締役の行為が法令・定款（会社の目的の範囲にない行為を含む）に違反し、これにより会社に著しい損害を生ずるおそれがある場合という要件のもとに、取締役の違法行為が行われる前に行使されることを予定している制度であるの¹⁹に対し、統一会社法上の監査役会の是正請求権の行使要件は若干の議論があっても、いずれかと言えば、取締役および經理による会社の損害がすでに発生していることを要件としていると解しうるものとなっている。また、日本の商法は、その監査役の違法行為差止権の行使方法について、監査役が当該取締役に對してその行為を止めるべきことを裁判外で請求しうるものとし、その差止め²⁰の請求があつたにもかかわらず、取締役が違法行為を止めないときは、監査役はその違法行為を差止めるための訴えを提起し、また仮処分を申請することができ（商法二七五条の二第一項・二項）、さらに、取締役が違法行為をなし、またはそれをなすおそれがあるときは、監査役は取締役にそれを報告し、取締役会を通してそれを差し止めることもできることになる（商法二六〇条の三第二項・三項参照）のに対し、統一会社法上の監査役会の是正請求権の行使方法は、ただ監査役会が当該取締役および經理に對してその違法行為および損害の是正を請求できるものとされているだけであり、是正を請求するための訴えの提起に関する規定もないため、監査役会の是正請求があつた

にもかかわらず、取締役および経理がその行為を止めないとき、またはその損害を是正しないときは、監査役会が得るものは、株主総会の招集請求権を用いて、総会においてその是正を図ることだけである。

このような観点から、統一会社法は、その監査役会の是正請求権を損害の事前防止措置として定めなかったことにより、その一方において各監査役の取締役会への出席権を認めた法の趣旨がある程度没却されてしまうことになりかねないとの指摘もあるが、¹²⁰統一会社法は監査役会に是正請求権のほか、取締役・経理の法令または定款違反行為を監督する権限も認めているため、かかる取締役会への出席権の立法趣旨がすべて不意義なものになるとは言えないであろう。

また、統一会社法以外の会社法規においては、監査役会の是正請求権が定められていない。そのため監査役会が取締役および経理の違法行為を止めさせ、その是正を行うには、臨時株主総会の招集請求権または招集権を行使して株主総会において問題の解決を図るしかないと言えよう。統一会社法は、これらの会社法規と異なり、監査役会の是正請求権を認めているが、監査役会に取締役・経理会社間の訴訟代表権を認めていないため、監査役会が是正請求権を行使しても、取締役・経理の違法行為を止めさせ、その是正を図ることができない場合には、結局、その他の会社法規の場合と同様に、臨時株主総会の招集請求権を行使して、問題の解決を図るしかないであろう。したがって、監査役会の株主総会招集請求権ないしその招集権を認めたことは、中国法における監査役会の監査の実効性を確保するうえできわめて重要な意味をもっているのである。¹²¹

第三に、統一会社法は会社の定款の規定による監査役会の権限の拡大の可能性を残し、列举された監査役会の権限の一つとして「定款に定めるその他の権限」という規定を定めている（会社法一二六条一項五号）。この規定について、これは、従来の地方の会社関連立法および株式規範には見られず、統一会社法において新たに設けられた規定で

あると主張する説もあるが、実は、統一会社法が制定される直前に制定された深圳株式条例（一九九三年四月）および広東条例（一九九三年五月）においても、同様な規定、すなわち、監査役会の「定款に定めるその他の権限」という規定が設けられている（深圳株式条例一一六条七号、広東会社条例一二四条七号）。

もとより、この規定は、会社が自治権の範囲内で自社の現状に鑑みて、法に定める監査役会をさらに強力なものにして活用することができるようにするために認められたものである。法に定められている権限以外にいかなる権限が定款で定められているかが問題であるが、資料の紹介によれば、会社の定款に、①監査役会は何時でも会社の業務状況を調査し、かつ取締役および経理に対して業務状況の報告を求めることができること、②会社の財務・資産を検査し、会計帳簿その他の会計資料を閲覧・検査することができること、③取締役会が株主総会に提出しようとする貸借対照表・損益計算書・利益分配案などの計算書類を監査し、不当な点があると認めるときは、公認会計士に依頼してそれを検査させることができること、④取締役会社間の交渉および訴訟において会社を代表すること、などが定められている会社もあるようである。¹²²

これを見る限り、統一会社法の適用を受ける会社の場合における監査役会の権限には、同法に認められている監査役会の権限、すなわち、財務検査権、取締役・経理の違法行為監督権、取締役・経理の不正行為による損害に対する是正請求権、臨時株主総会招集請求権に加えて、定款により定められている権限として、統一会社法が制定されるまでの他の会社法規、とりわけ一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定および株式規範などで認められ、統一会社法で認められなかったものがあるにすぎない。しかし、言うまでもなく、統一会社法上の権限を維持し、そのうえに定款の規定をもって、監査役会の業務報告請求権・業務および財務状況の調査権、計算書類の監査権、取締役・経理会社間の交渉・訴訟代表権などの重要な権限を加えることにすれば、監査役会の監査機能がより一層強化さ

れることが期待できよう。

第四に、統一会社法をはじめ一九九二年以後に制定されたすべての会社法規は、監査役会が株主総会においてその職務執行を報告し、株主総会の審議および承認を受けなければならないものとしている。すなわち、株主総会で行われる監査役会の報告を審議し、かつそれを承認するのが総会の権限の一つとされている(会社法一〇三条五号、深圳株式規定一〇二条一号・一二八条本文参照、上海株式規定六六条一号・八九条参照、株式規範四三条一項一号・六五条二項参照、海南株式条例九〇条一号、深圳株式条例八二条一項一号・一一六条本文参照、広東会社条例九九条一号・一二四条本文参照)。そのうち、深圳株式規定と上海株式規定においては、従業員を保護する立場から、監査役会の報告は、従業員大会において行われることも要求されている(深圳株式規定一二八条本文前段、上海株式規定八九条二項)。このほか、前述したように海南株式条例においては、他の会社法規と同様に株主総会における監査役会の報告を要するほか、監査役会の計算書類などの監査権について、その監査の結果を書面意見書にまとめて株主総会に報告することが要求されている(同条例一一九条)。

このような従業員大会における報告や計算書類の監査の書面意見書による報告の問題はさておき、株主総会において審議され、承認されることを要する監査役会の報告は、いかなる内容のものかが問題である。

日本においては、監査役は取締役の職務の執行を日常的に監査する職務を有し、その監査は期末監査のみに限られるものではないが、監査役の監査の成果は、期末に作成される監査報告書に集約されると言われている。¹²⁴ 商法は、取締役は、監査役の監査を受けるため、定時総会の会日より七週間前に計算書類(貸借対照表、損益計算書、営業報告書および利益処分もしくは損失処理の議案)を監査役に提出し、それを提出した日から三週間内にその附属明細書を監査役に提出しなければならず、監査役は、計算書類を受領した日から四週間内に監査報告書を取締役に提出する

ことを要するものとしている（商法二八一条二項・二八一条ノ二・二八一条ノ三第一項）。商法は、また株主および会社債権者の閲覧に供するために、定時総会の会日の二週間前より監査報告書を計算書類およびその附属明細書とともに、本店に五年間、支店に三年間備え置き、また定時総会の招集通知にその謄本を添付することを要求している（商法二八一条一項・二八三条二項）。そのみならず、商法は、かかる監査報告書の記載事項を明確に定め、以下のような事項の記載を要求している（商法二八一条ノ三第二項。ただし、商法特例法上の監査報告書の記載事項は、法定されていない。商法特例法二五条）。

(A) 監査方法の概要、(B) 会計帳簿に記載すべき事項の記載がなくもしくは不実の記載があるとき、または貸借対照表もしくは損益計算書の記載が会計帳簿の記載と合致しないときはその旨、(C) 貸借対照表および損益計算書が法令および定款に従い会社の財産および損益の状況を正しく示したものであるときはその旨、(D) 貸借対照表または損益計算書が法令または定款に違反し会社の財産および損益の状況を正しく示さないものであるときはその旨と事由、(E) 貸借対照表または損益計算書の作成に関する会計方針の変更が相当であるかどうかとその理由、(F) 営業報告書が法令および定款に従い会社の状況を正しく示したものであるかどうか、(G) 利益の処分または損失の処理に関する議案が法令および定款に適合するかどうか、(H) 利益の処分または損失の処理に関する議案が会社財産の状況その他の事情に照らして著しく不当であるときはその旨、(I) 附属明細書に記載すべき事項の記載がなく、または不実の記載もしくは会計帳簿・貸借対照表・損益計算書・営業報告書の記載と合致しない記載があるときはその旨、(J) 取締役の職務遂行に関し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があったときはその事実、(K) 監査のため必要な調査をなしえなかったときはその旨と理由（商法二八一条ノ三第二項）。なお、これらの記載事項について一般に、(A) ないし (G)・(I)・(K) が会計監査に関するものであり、(A)・(F)・(H)・(K) が業務監査に関するものであると分類されている。⁽¹⁵⁾

ただし、商法特例法は、同法上の大会社について、会計監査人の監査を受けるために取締役は、株主総会の会日の七週間前ではなく八週間前に計算書類を監査役会に提出し、それを提出した日から三週間以内に附属明細書を監査役会に提出しなければならないと定めている(商法特例法一二条・一九条二項)。また、監査役会の監査報告書の記載について、監査役会は、法定された事項に関する監査役の報告に基づき、①会計監査につき、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないと認めたときに、その旨と理由および監査役の監査の方法の概要または結果を記載し、②業務監査につき、監査の方法の概要のほか、商法上業務監査に関して要求されているものと同じ事項(商法二八一条ノ三第二項六号・八号―十一号)を記載しなければならず、この場合に、各監査役は、その意見を監査役会の監査報告書に付記することができると定めて(商法特例法一四一条一項―三項・一九条二項等)、会計監査人の監査との関係で、会計監査に関する記載を簡略している。

以上の日本法に対し、中国の会社法規は、前述したように、監査役会が株主総会においてその職務の執行活動を報告し、株主総会の審議・承認を受けなければならないと定めているだけで、日本法におけるように監査報告書の作成に関する規定や監査報告書の公示および総会招集通知への添付に関する規定などを設けていないのみならず、監査役会の報告の内容、または監査報告書の記載事項も法定されていない。海南株式条例のように監査役会の計算書類に対する監査意見を書面をもって株主総会に報告しなければならないと定める特別の規定を除き、中国の会社法規のもとでは、監査役会の会社の業務および会計に対する監査意見は、おそらくこの株主総会における監査役会の報告において示されることになるであろう。すなわち中国法における監査役会の報告制度は、監査役会の会社の業務および会計に対する監査の成果およびその意見を株主に知らせるためのものとして設けられたという意味において、日本法上の監査報告書制度に類似するものであると言える。

最も異なるのは、日本法においては、かかる監査報告書の記載事項が明確に法定されているのに対し、中国法は、監査役会の報告の内容について何らの規定も設けていないことである。したがって、株主総会において行われ、総会の審議および承認を受ける監査役会の報告が、いかなる内容のものになるかが、きわめて重要な問題となる。しかし、その内容について法律上、明確な要求が定められていないため、株主総会において行われる各会社の監査役会の報告を調べない限り、その内容を把握するのはきわめて困難である。

きわめて少ないが、紹介されている監査役会の報告の実例を見ると、株主総会において監査役会の代表によって行われる監査役会の報告は、①監査役会の主な職務執行活動の状況、②会社の業務および会計監督・監査の意見、③まとめ、という三つの部分に分かれている。そして、各部分において、以下のような内容が述べられている。

①の監査役会の主な職務執行活動の状況の部分においては、監査役会の構成および活動方式などについて、本監査役会は、株主総会により選任される五名の監査役と従業員の民主的選挙により選任される四名の監査役から構成され、主に会議の方式で職務執行を行い、前回の定時総会から今回の総会まで合わせて五回の会議を開いたほか、若干の調査、関係者の訪問および座談会の開催などを行ったということが述べられている。

また、具体的な内容として、(A)前回の株主総会の増資決議に関する取締役会の執行状況の監督、(B)前回の株主総会の利益分配決議に関する取締役会の執行状況の監督、(C)前回の定時総会から今回の総会まで開かれた二六回に上る取締役会の会議への出席と、取締役会の決議が適法になされ、その内容が合法的なものであることの監督、(D)会社のすべての会計書類・帳簿の監査と、公認会計士による確認、(E)従業員座談会における取締役会の構成員および経理に対する意見の聴取などを行ったと述べられている。②の監督・監査意見の部分においては、①の部分に挙げた五つの活動の具体的な内容に関する意見が述べられている。すなわち、(A)の増資決議の執行と(B)の利益分配決議の執行につい

て、それぞれが合法的かつ決議どおりに行われたこと、(C)について、取締役会への出席員数、決議の要件、議事方式および決議の内容が、いずれも法令および定款に違反しないこと、(D)の会計監査について、公認会計士をして検査させ、その報告を確認し、実物の点検を行った結果、計算書類およびその他の会計帳簿などに不実の記載がなく、法令の規定に合致していること、(E)の従業員座談会について、総じて言えば、取締役会および経理などの職務執行に満足しているが、業務執行にかかった費用が多すぎ、場合によって費用の無駄遣いが問題であると指摘されたこと、などが述べられている。

③のまとめにおいては、取締役会および経理の職務執行が法令および定款に違反することなく行われていたが、業務執行の費用が多すぎるのが問題であり、より一層の改善を期待することが述べられている。¹²⁶⁾

この監査役会の報告実例から判断すれば、中国法上の監査役会は、主に株主総会の決議がその決議の内容どおりに取り締役会および経理によって執行されているかどうかを監督・監査し、取締役会への出席権を行使して、取締役会の適法な運営およびその決議の適法な執行を監督するほか、公認会計士の力を借りて会計監査、とりわけ計算書類およびその他の会計帳簿などの会計書類に対する監査を行っている。また、これらの監督・監査の結果および意見は、定時総会における報告により表明される形を取っている。そのほか、監査役会が従業員の取締役会および経理の職務執行に対する意見を聴取してそれを株主総会に報告することも明らかにされている。これは、従業員重視の社会主義の理念に基づくものにほかならないであろう。

もとより中国法上の監査役会の監査は、以上のようなものに限るのではなく、法の規定からすれば、日本法上の監査役と同様に、取締役および経理の職務の執行を業務と会計の両面に渡って日常的に監査することに及ぶものになっている。しかし、前述したように、統一会社法における監査役会の是正請求権は、事後救済の措置として定められて

いるのみならず、監査役会の訴訟提起権および仮処分申請権を伴わないものとされており、その他の会社法規においては、かような是正請求権さえ定められていない。したがって、監査役会は、取締役および經理の違法行為を差し止め、違法行為によってもたらされた損害を是正するには、結局、株主総会の招集請求権または召集権を行使して株主総会にそれを報告し、株主総会の判断を待つほかないのが法規定の現状である。これでは、監査役会による効果的な監査を期待することは無理であろう。

したがって、監査役会の監査機能を強化し、効果的な監査が可能であるようにするために日本法の規定を参考に、まず、監査役会と取締役会との連係関係を強め、監査役会が取締役および經理の違法行為を発見し、またはかような違法行為がなされるおそれがあると認めるときは、それを取締役会に報告して差止めを図ることができるように定めるべきである。当然のことながら、監査役会のかような監査の効果を保障するために監査役会に取締役会招集権を与えるのがきわめて重要であろう（商法二六〇条の三参照）。最も重要なのは、監査役会の訴訟提起権および仮処分申請権を含む監査役会の違法行為差止権を会社の損害に対する事前防止措置として定めるべきことである（商法二七五条ノ二参照）。

四 監査役の義務と責任

(1) 監査役の義務

日本の商法においては、会社と監査役の関係は、取締役と会社の関係と同様に、民法上の委任に関する規定に従うとされているため（商法二八〇条一項・二五四条三項）、監査役は、その職務を行うにあたり、会社に対して善良な管理者の注意義務（善管義務）を負うことが明らかにされている（民法六四四条）。しかし、監査役は業務執行にあ

たる機関ではないから、その地位を利用して会社の利益を犠牲にし自己の利益を図るおそれがないという理由から、監査役に取り締役に課しているような忠実義務を課していないのみならず、同様な理由から競業避止義務や取締役会社間の取引の規制も課していない。すなわち、日本の商法上の監査役は、善良な管理者の注意義務のみを負うものとされている。

日本法と比べ、中国法上の監査役の義務に関する規定はいかなるものとなっているであろうか。

(イ) 統一会社法が制定されるまでの会社法規においては、ほとんど、監査役の義務に関する規定が定められていない。あるとしても、監査役の所有する自社の株式の譲渡に関する一定の制限が規定されている程度である。たとえば、深圳株式条例と広東条例においては、監査役は、取締役および経理などの高級管理者と同様に、その有する自社の株式について、その取得の日から三年以内にそれを譲渡してはならないが、三年後、任期中に譲渡できる株式は、その有する株式の半数を超えてはならず、かつ株主総会の同意決議を要するものと定められている（深圳株式条例五二条四号、広東会社条例八八条四号）。

(ロ) 統一会社法は、従来の会社法規と異なり、監査役に対して、忠実義務²⁷⁾とも言うべき一般的義務を課しているのみならず、一定の個別的義務をも課している。

監査役の一般的義務として、統一会社法は、「監査役は、法令、定款の規定に従い忠実に監督の職務を果たさなければならない」と定めたうえ（会社法一二八条一項）、有限会社の役員の義務などについて定めた規定を準用することにより、取締役、監査役、経理について、「取締役、監査役、経理は、会社の定款の規定を遵守し、忠実にその職務を遂行し、会社の利益を保護しなければならない」と定め（会社法五九条一項）、同条第二項において「取締役、監査役、経理は、その地位を利用して賄賂またはその他の不法の収入を受け取り、会社の財産を侵害してはならない」

と定めている（会社法五九条二項）。

前述したように、統一会社法上の会社の役員の義務に関する規定が、日本法上の善良な管理者の注意義務を定めたものか、それとも英米法上の忠実義務を定めたものか、あるいはその双方をあわせて定めたものかについて議論されているが、条文中、役員は法令、定款の規定に従い忠実にその職務を履行しなければならないことのほか、会社の利益を保護し、その地位を利用して自己の利益を図ってはならないことに加えて、「その地位を利用して賄賂またはその他の不法の収入を受け取り、会社の財産を侵害してはならない」ことなどが明確に定められているため、いずれかといえば、これは、英米法上の信任的法律関係に基づく忠実義務またはそれに類似する義務を定めたものと解すべきであろう。¹²⁸⁾

統一会社法は、監査役の個別的義務として、①監査役は、取締役、経理と同様に、法律の定めまたは株主総会（有限会社では社員総会）の同意がある場合を除き、会社の秘密を漏らしてはならないと定めて監査役にいわゆる守秘義務を負わせている（会社法一二八条二項・六二条）。②監査役は、取締役、経理と同様に、会社に対してその有する当該会社の株式の保有状況を申告しなければならず、かつその任期内にこれを譲渡してはならないと定めて、監査役に株式の保有状況申告義務を課し、その譲渡を禁止している（会社法一四七条二項）。

①の監査役の守秘義務は、従来の会社法規に見られず、統一会社法により新たに設けられたものであるが、その範囲を確定するための規定が定められていないため、いかなる範囲の秘密を指しているかが問題にならざるをえない。¹²⁹⁾ また、②監査役の有する当該会社の株式の保有状況の申告義務と譲渡禁止の規制については、前述したように、深圳株式条例および広東条例では、かような申告義務は課していないが、一定期間内（取得日から三年以内）の譲渡禁止や、かかる期間後の譲渡について株主総会の同意決議があれば、その有する株式の半数を超えない範囲内の譲渡がで

きることに関する規制を取締役、監査役、經理に課している。

(2) 監査役の責任

(イ) 日本の商法においては、監査役の会社に対する責任が定められている。すなわち、商法は、監査役は、その任務を怠ったときは会社に対して連帯して損害賠償の責任を負うものとし(商法二七七条)、かような責任の追及について、取締役の責任追及と同様に株主の代表訴訟を認めるほか(商法二八〇条一項・二六七条―二六八条ノ三)、責任の免除について、総株主の同意が必要であると定めている(商法二八〇条一項・二二六条五項)。また、商法は、以下のような二つの場合における監査役の第三者に対する責任を定めている。すなわち、①監査役がその職務を行うにつき悪意または重大な過失があったときは、その監査役は、第三者に対してもまた連帯して損害賠償の責任を負う(商法二八〇条一項・二二六条ノ三第一項)。②監査役が監査報告書に記載すべき重要な事項につき虚偽の記載をなしたときも、その監査役は、第三者に対しても連帯して損害賠償の責任を負うが、監査役がその記載をなすにつき注意を怠らなかったことを証明したときはこの限りでない(商法二八〇条二項・二二六条ノ三第二項)。

このほか、商法特例法は、大会社について監査役会の設置を法定しているため、監査役の行為が監査役会の決議に基づいて行われたとき、その責任を負う監査役の範囲の確定について商法上の取締役のそれに関する規定の準用を認めている。すなわち、大会社においては、監査役の行為が監査役会の決議に基づいて行われたときは、決議に賛成した監査役はその行為を行ったものとみなされ、議事録に異議を止めなかった監査役は決議に賛成したものと推定される(商法特例法一八条ノ四第一項・二二六条二項・三項)。監査役の第三者に対する責任についても同様である(商法特例法一八条ノ四・二二六条ノ三第三項)。なお、商法は、監査役の取締役との連帯責任について、取締役もまたその責任を負う場合は、監査役および取締役は連帯して会社または第三者に対して損害賠償の責めに任ずると定めて

いる（商法二七八条）。

(四) 日本法と比べると、中国の会社法規において日本の商法上の監査役の会社に対する責任とはほぼ同様な監査役の会社に対する責任は定められているが、日本法のような監査役の第三者に対する責任は定められていない。また、監査役の取締役との連帯責任はもとより、監査役間の連帯責任に関する規定も置かれていない。

中国法における監査役の会社に対する責任の規定を見ると、以下のようなものである。

(a) 統一会社法以外の会社法規のうち、一部の法規においては、日本法における監査役の会社に対する一般的責任とはほぼ同様な趣旨の監査役の会社に対する責任が定められている。すなわち、これらの法規によれば、監査役は、その監査の任務を怠り、これによって会社に損害を与えたときは、会社に対して損害賠償の責任を負うものと定められている（上海株式規定九五条、海南株式条例一二二条¹³⁰）。

これに対し、深圳株式条例では、やや異なる立場から、監査役の責任について、監査役は、会社および株主の利益を損なう行為につき監督責任を果たすことができなかったときは、その行為をなした者と連帯して責任を負うと定められている（同条例一二〇条）。これは、初めて関係者の連帯責任を定めた規定として注目されるべきである。また、誰に対して責任を負うかが明確にされていないが、条文上から見れば、損害を受けた会社もしくは株主またはその双方に対する責任となると思われる。そうとすれば、もし株主も第三者に属すると解するならば、同条例は、株主に限って第三者に対する責任を定めたと言えるであろう。ただ、会社および株主の利益を損なう行為をなす者とは、おそらく会社の業務執行の担当者たる取締役および経理を指しているに相違ないと思われるが、条文において明確にされていないのが問題である。またここに言う監査役と行為をなした者との連帯責任も、その損害賠償の連帯責任を指しているに相違ないが、条文上には、ただ「連帯して責任を負う」と定めているだけである。

(b) 統一会社法は、上述の会社法規と異なり、監査役の責任について、監査役は、取締役・経理と同様に、会社の職務執行に際して、法令または定款の規定に違反し会社に損害をもたらした場合は損害賠償の責任を負わなければならないと定めている(会社法一二八条二項・六三条)。この規定の適用範囲について解釈上多くの問題が生ずるが、取締役・経理の職務と異なり、監査役の職務の特異性に照らして言えば、監査役は、同法および会社の定款において定める監査任務を懈怠し、個別の義務および同法五九条一項・一二八条一項に定める、忠実に職務を遂行しなければならぬという一般的義務に違反し、さらに他の行政法規に監査役に関連する具体的な規定がある場合にその規定に違反して会社に損害を与えたときは、損害賠償の責任を負うものになると解されている。¹³²

また、統一会社法は、前述したように、監査役に対し、その地位を利用して賄賂またはその他の不法の収入を受け取り、会社の財産を侵害してはならないという、いわば忠実義務の一環をなすものとも言うべき義務を課している(会社法一二八条二項・五九条二項)。そのため、統一会社法は、監査役がこの義務に違反したときの責任について、監査役がその職権を利用して賄賂またはその他の不法な収入を受け取り、または会社の財産を侵害した場合には、不法の所得を没収し、会社の財産の返還を命じ、会社が処分を課すほか、犯罪を構成する場合には、法に基づき刑事責任を追及すると定めている(会社法二二四条一項)。

以上の規定からすれば、統一会社法は、監査役の会社に対する責任について、日本法のそれよりやや厳格にそれを定めているように思われる。しかし、第三者に対する監査役の責任はもとより、前述したように、取締役・経理の第三者に対する責任も定められていないため、第三者の保護に関する法整備が欠如している。¹³³ また、統一会社法をはじめほとんどの会社法規においては、監査役会の設置が法定されているにもかかわらず、法定の責任を負う監査役の範囲を確定するための規定が定められていない。これに対し、取締役のそれに関しては、その範囲を確定するための規

定が定められている。したがって、日本法の監査役のそれに関する規定および中国法上の取締役のそれに関する規定を参考に、監査役会における責任の負担者の範囲を確定するための規定を定めるべきであろう。

第四節 株式会社の会計監査制度

一 序説

(イ) 日本では、株式会社の会計監査に関しては、まず、商法および商法特例法の規定により、監査役が会社の業務および会計の監査、小会社においては会計の監査のみを行い、かような監査の結果およびその意見は、期末に作成される監査報告書に集約されることは、前述のとおりである。すなわち、商法特例法上の大会社以外においては、その会計監査は、監査役のみによって行われる。

しかし、商法特例法上の大会社の場合には、同法の規定により大会社の決算手続につき特例が設けられ、その計算書類および附属明細書（営業報告書と附属明細書については、会計に関する部分に限る）は監査役の監査のほか、会計監査人の監査を受けなければならないものとされている。¹³⁴

そして、商法特例法は、会計監査人の資格・欠格事由、選任・任期・解任、欠員の場合の措置、その職務権限および責任のほか、監査役および監査役会との連係関係について詳細な規定を設けている（同法三条―十一条参照）。

(ロ) それでは、中国の株式会社においては、いかなる会計監査制度が確立されているであろうか。もとより、前述したように、中国の会社法規における監査役会には、会社の業務監査権のほか、その会計監査権も認められているため、当然のことながら、中国法上の株式会社の会計監査がまず会社の監査機関たる監査役会によって行われる点は日本法における監査役による会計監査制度に類似していると言えよう。それ以外の会計監査制度になると、中国法上の

規定は、やや複雑なものになっているが、外資系企業法規を含め、その他の会社法規および会計関連法規の規定を総合的に見ると、おおむね、①関連法規に基づいて会社内部の会計制度の確立が義務づけられ、これによる会計監督制が要求されていること、②一九九四年八月に「中華人民共和國會計検査法」(原語は「中華人民共和国審計法」)。以下、会計検査法という)が制定・公布され、その二年前の一九九二年六月に会計検査署および国家経済体制改革委員会から「株式制試行企業會計検査暫定試行規定」が公布されたほか、外資系企業立法や一部の会社立法において、会社内部の会計検査機関または会計検査士の設置が定められているため、会計検査機関または会計検査員による会計検査制が要求されていること、③会社法規および公認会計士法その他の会計関連法規に基づく公認会計士による会計監査制度が確立されていること、の三通りに分けて検討することができよう。

二 会社内部の会計制度の確立による会計監督制

(イ) 中国は改革開放以来の外資系企業立法にせよ、一般の会社立法にせよ、企業・会社(以下、会社という)に対し国家の関連法律および法規に基づいて会社内部の財務・会計制度(以下、会計制度という)を確立することを要求している。

外資系企業立法においては、一九八三年九月に公布された合併企業法实施条例は、合併企業の会計制度は、中国の関連法律・法規に基づきかつ会社の状況を考慮して確立され、しかも当地の財政・税務部門に届けられなければならないものと定めている(同条例八〇条)。そして、一九八六年二月に制定された外資企業法と一九八八年四月に制定された中外合作企業法は、いずれも中国国内に会計帳簿を備え置き、独立採算制をとり、かつ関連の規定により計算書類を国の財政・税務部門に送付してその監督を受けなければならないと定めている(外資企業法一四条一項、合

作企業法一五条項参照)。

このほか、一九九〇年一〇月に公布された外資企業法実施細則は、外資企業は、中国の法律および法規ならびに財政機関の規定に基づいて、会計制度を確立し、かつ当該企業の所在地の財政機関および税務機関に届けなければならぬとしている(同細則五九条)。また、一九八六年九月に制定・公布され、中外合弁会社・中外合作会社・外資会社および中外株式会社の四種の会社形態を定めた広東涉外条例は、この四種の会社に対して、会社は、特区内に会計機構および会計帳簿を設置しなければならないと規定し、また、一九八六年二月に公布された広東省経済特区涉外企業会計管理規定は、いずれの涉外企業も、国家財政部門の会計制度に関する規定に基づき、企業の状態を考慮して会計制度を確立し、かつそれを企業所在地の財政機関および税務機関に届けなければならないとしている(同規定五条・二条参照)。

外資系企業立法以外の会社立法、とりわけ一九九二年以後に制定された会社法規のほとんどにおいても、会社内部の会計制度の確立に関する規定が設けられている。すなわち、そのいずれも、会社は、法律、法規および財政主管部門の規則に基づいて会計制度を確立し、かつ財務・会計書類などの会計関連資料を財政・税務などの政府関連部門に送付しなければならないと定めている(深圳株式規定一三一条・一三二条二項、上海株式規定九六条・九七条、株式規範六八条・六九条一項前段、海南株式条例一二三条・一二五条、深圳株式条例一二一条・一二二条一項、広東条例一四〇条・一四一条一項、会社法一七四条¹³⁵⁾。

会社の会計書類などの政府関連部門への送付について、ここに言う「送付」とは、単に所定の書類を送付することではなく、厳密に言えば書類を送付することで上位機構または主管機関に対して報告し、その内容の当否が判断される¹³⁶⁾という意味合いが含まれていると解する説もあるが、かような解説は、外資系企業立法などにおいては、それを裏

づけるための規定が定められているから、正当であるといえども、一九九二年以後の会社立法（外資系企業の関連立法を含む）においては、それを基礎づける根拠規定が見当たらないため、ここに言う「送付」とは、それにより政府関連部門からの一定の会計監督・検査を受けることになるという客観的効果が生じることは否定できないとしても、主に会社の経理・計算の公示制度を強化するために要求されたものであると解することができよう。もっとも、後述する会計法の規定からすれば、それは、政府の関連部門からの監督・検査を受けるためのものであると解することもできない。

(ロ) 会社の会計書類の政府関連部門への送付問題はさておき、法律、法規に基づく会社内部会計制度の確立に対する法の要請が、会社の会計監査の視点から見て、いかなる意味を持つものかが問題である。この問題を解明するには、会社が会計制度を確立するときに、いかなる法律、法規および財政機関の規則がその根拠法となり、これらの根拠法には、会社の会計監督・検査についていかなる規定が設けられているかを明らかにする必要がある。

かような会社内部の会計制度の確立の根拠法には、まず一九八五年一月に制定・公布され、一九九三年一二月に改正された「中華人民共和国会計法」（以下、会計法と略す）を挙げなければならない。そして、この会計法に基づいて制定・公布された会社の会計制度の根拠法として、一九九二年五月に国家財政部および国家経済体制改革委員会から公布され、一般の有限会社および株式会社に適用される「株式制試行企業会計制度」（以下、企業会計制度と略す）があり、また、外資系企業にあっては、一九八五年三月に中外合弁企業向けの「中華人民共和国中外合弁企業会計制度」（以下、合弁企業会計制度と略す）が国家財政部から公布された。この時点においては、中外合作企業と外資企業について、このような会計制度が制定されていなかったため、おそらく中外合作企業と外資企業にも、その会計制度の確立について、この合弁企業会計制度の規定が準用されていたと思われる。

また、経済特区の広東では、一九八六年二月に上述の会計法などに基づいて広東省経済特区涉外企業会計管理規定（以下、広東会計規定と略す）が同省政府から公布された。同規定は、その内容を見る限り、上述の会計法の影響を最も受けたものであると言えよう。そのほか、一九九二年六月に国家財政部から、上述の合弁企業会計制度を廃止し、中国国内において設立される中外合弁企業、中外合作企業および外資企業をその規制対象とした「外国投資家投資企業会計制度」（以下、外投資企業会計制度と略す）が公布された。以上のほか、一九九三年七月一日より「企業財務通則」および上記の会計法に基づいて制定された「企業会計準則」が実施されている。

第一に、会社の会計制度の確立の最も基本的な根拠法であると同時に、その他の企業の財務・会計制度に関する規定の制定の根拠法ともなり、外資系企業の会計制度、とりわけ広東会計規定の制定に大きな影響を及ぼした会計法を見れば、会社内部の会計制度の確立による会計監督制について、以下のように規定されている。

(a) 会計法の制定の目的について、「本法は、会計業務の規範化・強化を図り、会計職員の合法的職権の行使を保障し、社会主義市場経済の秩序と経済管理の強化および経済効果の向上における会計業務の役割を發揮させるために制定する」と定められている（会計法一条）が、会社の会計監督制の視点からすれば、会計職員の合法的職権の行使を保障すると定めている点は、重要な意味を持つものであろう。

また、会社の会計機構および会計職員による会計監督制の実施については、会社の「会計機構および会計職員は、法令を遵守し、本法の規定に基づいて会計事務の処理および会計計算を行うと同時に、会計監督を実施しなければならない」と定め（会計法三条）、また、「各組織の会計機構および会計職員は同組織に対して、会計監督を実施する」と要求している（会計法一六条）。なお、会計法の適用範囲については、「国家机关、社会团体、企業（会社を含む）、事業組織、個人経営者およびその他の組織の会計事務について、必ず本法を遵守しなければならない」と定めている

ため(会計法二条)、企業について言えば、同法は、すべての企業に適用されることになる。¹³⁷⁾ 以下は、「企業」を「会社」と読み替え、会社の会計監督の視点から概要を見ることにする。

(b) 会社内部の会計機構および会計職員の設置について各会社は、会計業務の必要に応じて会計機構を設け、または関係機構に会計職員を置きかつ会計管理者を指定しなければならず、条件の整っていない会社においては、許可を受けて設立された会計サービス組織にその会計事務を委託しなければならない。また、大中型の会社においては、会計士以上の技術職称をもつ総会計士を置くことができると定められている(会計法二一条)。¹³⁸⁾

(c) 会社内部の会計機構および会計職員の職務権限については、その一般的職権として、前述したように、会計機構および会計職員は、法律・法規を遵守し、同法の規定に従って、会計事務を処理し、会計計算を行い、会計監督を実施しなければならないと定められている(会計法三条・一六条・二二条)。

その具体的な会計監督権限として、①会計機構および会計職員は、真实性・適法性を欠く原始証憑を受理せず、また記載の不正確・不完全な原始証憑を差し戻し、修正・補充を求めること(会計法一七条)、②帳簿記録と現物・現金との不適合を発見したときは、関係規定に従ってそれを処理しなければならないが、自らその処理権限がないときは、ただちにそれを会社の経営責任者に報告し原因の究明および処理を求めなければならないこと(会計法一八条)、③法令に違反する収支についてこれを処理しないこと(会計法一九条一項)、④会計機構および会計職員は、違法な収支であると認めたときは、それを差し止め、かつ是正しなければならないが、その差し止めと是正が無効に終わったときは、会社の責任者に対して、書面をもって意見を提出し、その処理を請求しなければならない。また、会社の責任者は書面で意見を受け取ってから一〇日以内に書面で決定を下し、その決定に責任を負うものとする(会計法一九条二項)。¹³⁹⁾ ⑤著しく法令に違反し、国家および社会的公共の利益を害するおそれのある収支について、会計機構

および会計職員は、それを主管部門または財政、会計検査、税務機関に報告し、これらの機関は責任をもってそれを処理しなければならないこと（会計法一九条四項）などが定められている。

(d) 会計法は、関連政府部門による会社の会計監督・検査について、各会社は、国の会計検査機関、財政機関および税務機関の法律・法規に基づく監督を受け、会計証憑、会計帳簿、会計書類⁴⁰およびその他の会計資料ならびに係状況を事実に基づき提出または報告しなければならない、これを拒絶したり、隠匿したり、または虚偽の報告をしたりはしてはならないと定めている（会計法二〇条一項）。

(e) 会計職員の上述の会計監督権限の行使に関する責任について、会計職員は、上述の職務権限に反して、真実性・適法性を欠く原始証憑を受理し、または法令に違反する収支について会社の責任者に書面による意見を提出せずもしくは著しく法令に違反し国家および社会的公共の利益が害される収支について所定の関連部門に報告しなかった場合は、情状が重大であれば、行政処分を受けるほか、公有・私有財産に重大な損失をもたらし、犯罪を犯したときは、法により刑事責任が追及されるものと定めている（会計法二七条）。また、会計職員の監督権限の行使を保障するために、会社の経営責任者およびその他の者が、本法によって職務を履行した会計要員に報復を加えたときは、行政処分を受けるのみならず、情状が重大なときは法によりそのような者の刑事責任を追及すると定めている（会計法二九条）。

要するに、以上の内容からも明らかなように、中国においては、いわゆる一部の条件の整っていない会社を除き、その他のすべての会社は、本会計法の規定に基づいて会社内部の会計制度を確立し、会社内の会計機構および会計職員を設置することにより、上述したような会社内部の会計機構、とりわけ会計職員による会計監督を受けなければならない⁴¹ということになるであろう。

第二に、一九九二年六月に公布され、中外合弁企業、中外合作企業および外資企業、いわゆる「三資企業」を規制対象とした外投資会計制度においては、上述の会計法におけるような会社内部の会計機構および会計職員の設置が義務付けられていないのみならず、会計法におけるような会社内部の会計機構および会計職員による会計監督制の実施も要求されていない。これは、おそらく会計法との重複規定を避けるためのものであると解すべきであろう。換言すれば、このような個別会社向けの会計規則に同様な規定がなくても、当該会社が会計法の規定に基づいて会社内部の会計機構および会計職員を設置し、これらのものによる会計監督制を実施しなければならないことは、言うまでもないであろう。

この点について、同外投資会計制度の公布によって廃止された合弁企業会計制度（一九八五年三月に国家財政部から公布されたもの）では、会社内部の会計機構および会計職員による会計監督制の実施に関する規定が置かれておらず、会計機構および会計職員の職務権限についても、会社の財務会計の職務を担当する者に限定されていたものの、会社内部の会計機構および会計職員の設置が会社の義務として強制されていた（同制度五条）。そののみならず、大規模の合弁企業について、総会計士の設置も義務付けられている（同制度六条一項参照）。この時点の立法技術を考慮すれば、一定の規定の重複もやむをえないことであるが、それでも、会計法の適用を受ける以上、会社内部の会計機構および会計職員による会計監督制は実施されることになるであろう。¹⁴²

いずれにせよ、外資系企業の会計制度に関する規定においては、会計法におけるような会社内部の会計機構および会計職員による会計監督制が要求されていないのが共通点である。また、いずれにおいても会社の会計書類には貸借対照表、損益計算書、財務状況変動表および利益処分計算書などが含まれると規定され（合弁会計制度六二条一項参照、外投資会計制度七一条二項参照）、これらの会計書類を含む会計書類の政府関連部門への送付が引き続き要求さ

れている。しかし、会計法におけるような政府関連部門による会計監督・検査を受ける義務に関する規定は定められていない（合併会計制度六五条、外投資会計制度七二条）。もとより、これも、会計法との重複規定を避けるためのものであると解することができないとは言えないが、かりにそうであれば、会計書類の送付に関する規定も省かれるべきであろう。この時点において要求されている会計書類の政府関連部門への送付は、前述したように、政府関連部門の監督・検査を受けるためのものであるよりも、むしろ会社の経理・会計の公示制度を強化するためのものであると解すべきであろう。

第三に、上述の一般外資系企業の会計制度と比べれば、会計法をその制定根拠法の一つとし、最も会計法の影響を受けて制定されたものと見るべき広東会計規定（広東経済特区に設立される中外合弁会社、中外合作会社、外資会社および中外株式会社の四形態の外資系企業を規制対象としている。同規定二条参照）においては、会計法と同様に会社内部の会計機構および会計職員の設置が義務づけられているだけでなく、会計機構および会計職員の職務権限として定めたものに当該会社の会計に対する監督権および資金使用に対する検査権などが含まれている（同規定八条一項本文・三号・四号参照）。また、かような会計機構および会計職員の具体的な権限として、会計機構および会計職員は、国家の会計制度および同規定に違反する企業の収支についてそれを受理せず、会社の経理または取締役会がその受理を固執するときは、それを上級主管部門または財政機関に書面をもって報告し、その処理を求めることができる（同規定一四条）。

そのみならず、会計職員の会計監督権を保障するために、同規定は会計法より一步進んで、いかなる組織および個人も、職務を履行した会計職員に対して、それを理由に会計職員をその職場から排除したり、雇用期間満了前に解雇したり、または報復を加えたりしてはならず、このような会計職員に報復を加えた者に対して、取締役会または企

業の主管部門が行政処分を行うことができるほか、会計職員が損害を受けたときは、会計職員に対する損害賠償を行うことを命じることができると定め、刑事法規に違反すればその刑事責任が追及されることも明らかにされている(同規定一八条)。なお、同規定では、ほぼ会計法と同趣旨の、政府関連部門の企業の財務会計に対する監督権が明言されている(同規定一二条)。前にも若干触れたように、一九九二年五月に有限会社規範意見および株式会社規範意見をはじめ多くの株式制企業関連規定とともに公布され、その後のすべて有限会社と株式会社の会計制度の準拠法になったとも言うべき企業会計制度においては、その制定につき会計法が根拠法の一つにされていることが明言され(同制度一条参照)、しかも会社がその内部の会計機構を設置し、会計職員を配置しなければならないと定められている(同制度四条前段)。ただし、一般外資系企業の会計制度と同様に、会計機構および会計職員による会計監督制の実施に関する規定は置かれていない。また、会社の会計書類の政府関連部門への送付が要求されている(同制度七二条)が、これは、政府の関連部門の企業の会計に対する監督・検査権に関する規定を明確に定めていないから、企業の経理・会計の公示制度を強化するためのものであると考えられる。

三 会計検査機関および会計検査員による会計検査制

(1) 会計検査制の導入および法整備

中国では、一九七〇年代末期から始められた改革開放が深まるにつれて、一九八二年の憲法において、国家が独立した会計検査機関を設けて各級政府部門の財政収支および国有企業・事業組織の財務収支に対する会計検査監督を行うことが確定された。憲法の規定によれば、国务院は、会計検査機関を設置して、国务院各部門および地方各級政府の財政収支ならびに国家の財政金融機構および企業・事業組織の財務収支に対して、会計検査による監督を行い、会

計検査機関は、国务院総理の指導のもとに、法律の定めるところにより独立して会計検査監督権を行使し、他の行政機関、社会团体および個人による干渉を受けないと定められているほか（憲法九一条）、地方政府における会計検査機関の設置について、県級以上の地方各級人民政府に会計検査機関を置き、地方の各級の会計検査機関は、法律の定めるところにより、独立して会計検査監督権を行使し、同級の人民政府および一級上の会計検査機関に対して責任を負うと定められている（憲法一〇九条）。

憲法のかような規定に基づいて、まず一九八三年に国务院に国家会計検査院（原語は「国家審計署」）が創設され、国家の行政監督機関として、各級政府の財政収支に対する会計検査のみならず、国有企業や国有金融機構ならびに国有事業組織の財務収支に対する会計検査を行うことにより国家の専門機関による会計検査監督制が実現された。それだけでなく、上述の憲法の規定には「会計検査機関は、法の定めるところにより独立して会計検査監督権を行使する」と定められているため、中国は、会計検査監督制を導入するとともに、それに関する法制度の整備にも相当な力を注ぎ数多くの法規を制定・公布したのである。

かかる会計検査監督制に関する法規として、まず一九八五年八月に国务院から「会計検査業務に関する暫定規定」が公布され、その三年後の一九八八年一月に同暫定規定の廃止を定めた正式の中華人民共和国会計検査条例（以下、会計検査条例と略す）が同じく国务院によって制定・公布された。同条例は、第一章総則、第二章会計検査機関および会計検査員、第三章会計検査機関の主な職務、第四章会計検査機関の主要な権限、第五章会計検査の手続、第八章法律責任、第九章附則のほか、第六章において、大中型国有企業などの組織内部の会計検査機関および会計検査士の設置およびその主要な職務を、第七章において、民間組織である社会会計検査機関の設置およびその主要な職務を定めている。それだけでなく、同条例の施行を保障するために、国家会計検査院から、一九八九年六月に中華人民共和

国会計検査条例施行細則（以下、会計検査細則と略す）が、同年七月と一二月に「社会会計検査機関による検査業務に関する規定」（以下、社会会計検査規定と略す）と「内部検査業務に関する規定」（以下、内部会計検査規定と略す）がそれぞれ公布された。

これらの条例・規定の実施の効果については、その実施により、国家の財政制度を維持し、経済的効率を高め、マクロ的管理体制を強化することができたと評価されている。しかし、その一方において、一九九二年一〇月の中国共産党第一四回大会において社会主義的市場経済体制の確立が中国経済改革全体の目標にされたことにつれて科学的マクロ管理体制を完全なものにするため、会計検査監督制をさらに強化する必要性があると同時に、会計検査の実務において様々な問題、たとえば、財政部門に対する会計検査監督制が保障されていないこと、会計検査機関の検査費用に関する規定が不明確であること、国有企業に対する会計検査の内容が不明確であり、その範囲が広すぎて、検査の重点が決められていないことのほか、企業などの組織の内部会計検査機関および社会会計検査機関を強制的に定める必要がないこと、などの問題が現れていると言われる¹⁴⁾。

上述のような社会的変化のなか、上記の諸問題の解決を図り、国家会計検査監督制を強化するために、一九九四年八月に中華人民共和国会計検査法（以下、会計検査法と略す）が制定・公布され、翌年の一九九五年一月一日より施行されることになった。同会計検査法は、その制定の目的について「国の会計検査監督を強化し、国の財政経済秩序を維持・保護し、清廉な行政建設を促し、国民経済の健全な発展を保障するため、憲法に基づいてこの法を制定する」と定めている（同法一条）ほか、一九八八年に制定・公布された会計検査条例の廃止を宣言した（同法五〇条後段）。

(2) 会計検査監督制の主な内容

会計検査監督制の実施における実例を紹介する資料があまり見当たらないことに加えて、会計検査監督制に関する法

規定にも種々の不明の点があるため、その内容を完全に掌握するのは困難であるが、会計検査法を中心とし、補充的に会計検査条例などの内容を参考に見れば、その主要な内容は、以下のとおりになるであろう。

(イ) 会計検査機関の基本的職務について、国は、会計検査監督制を実行し、国务院および県級以上の地方政府に会計検査機関を設立する。会計検査機関は、国务院の各部門および地方各級政府ならびにその各部門の財政収支、国有金融機構および企業・事業組織の財務支出その他のこの法の規定により会計検査を受けなければならない財政・財務収支に対して、会計検査監督を行うものとする（会計検査法二条一項・二項）。また、会計検査監督の性質について、会計検査機関は、上記の財政・財務収支の真实性・適法性および効率性に対し、法により会計検査監督をするものとされている（会計検査法二条三項）。

(ロ) 会計検査機関の設置およびその職員の義務などについて、国务院に会計検査院を設置し、国务院総理の指導のもとに全国の会計検査業務の主管にあたり、地方政府においては、県級以上の各級政府にそれぞれの会計検査機関を設置し各級政府の行政長官の指導のもとに当該行政区域内の会計検査業務を担当すると規定している（会計検査法七条・八条参照）。その職員について、その従事する会計検査業務に相応する専門知識および業務能力を備えること（会計検査法二二条）、会計検査員がその職務の執行に際し、被会計検査組織または会計検査事項と利害関係を有するときは、回避しなければならないこと（会計検査法一三条）、会計検査員がその職務の執行により知れた国の秘密および被会計検査組織の業務秘密に対して守秘義務を負うこと（会計検査法一四条）、いかなる組織および個人も、会計検査員の法による職務執行を拒絶したり、妨げたりし、または会計検査員を打撃しそれに報復してはならないこと（会計検査法一五条一項・二項参照）、などが定められている。そのいずれについても、具体的な法的要件に関する規定が欠如しているのが問題であるが、かかる法的要件の明確化は、おそらく同法の施行細則の制定に委ねられて

いると思われる。¹⁴⁾

(イ) 会計検査機関の職務について会計検査機関は、その同級各部門（その直轄組織を含む）および下級政府の予算執行状況、決算ならびに予算外資金の管理および使用状況について会計検査監督を行うものとしたうえ、会計検査院につき、中央政府の予算執行状況および中央銀行の財務収支に対して会計検査を行い、國務院総理に会計検査結果報告を提出すると定め、地方の各級の会計検査機関につき、同級政府の予算執行状況に対して会計検査を行い、当該政府および一級上の会計検査機関に会計検査結果報告を提出すると定めている（会計検査法一六条・一七条・一八条一項）。

そのほか、会計検査機関は、国有金融機構および国有企業の資産・負債および損益、国有の事業組織の財務収支、国の建設プロジェクト予算の執行状況および決算、政府が管理しまたは政府の委託を受けて社会団体が管理している社会保障基金、社会寄贈資金その他の関係資金などの財務収支、国際組織および外国政府の援助・借款プロジェクトなどに対して会計検査監督を行うほか、国民経済と重大な関係を有する国有企業、財政補助が比較的多く、または欠損金額が比較的大きい国有企業ならびに國務院および地方政府が指定するその他の国有企業に対して、計画的かつ定期的に会計検査を行わなければならないものと定めている（会計検査法一八条二項―二五条参照）。

要するに、会計検査機関は、それぞれの同級政府の財政予算の執行状況および決算について会計検査を行うほか、国有金融機構と国有企業の資産・負債および損益について会計検査監督を行い、国有事業組織およびその他の国の財政・行政管理に係わりのある組織や建設プロジェクトの収支に対しても会計検査監督を行うものとされているのである。¹⁵⁾

(ニ) 会計検査機関の上記の職務の執行を保障するための具体的権限として、①被会計検査単位の予算または財務収

支計画、予算執行状況、決算および財務の報告、社会会計検査機関の作成する会計検査報告書ならびにその他の財政・財務収支の関係資料の提出請求権（会計検査法三二条前段）、②被会計検査単位の会計証憑、会計帳簿、財務諸表（計算書類のこと）その他の財政・財務収支に関連する資料および資産に対する検査権（会計検査法三二条前段）、③会計検査事項の関係問題について関係単位および個人に対して調査をし、かつ関係証明資料を獲得する権限（会計検査法三三条前段）、④国の財政・財務収支に関する規定に違反する被会計検査単位の行為に対する差止権（会計検査法三四条二項前段）、⑤被会計検査単位の上級主管部門の財政・財務規則が法令と抵触する場合における是正提案権および処理請求権（会計検査法三五条）、⑥会計検査結果についての政府に対する通告および一般公布権（会計検査法三六条一項）などを定めている。

このほか、関係者の法律責任を定める第六章において、①被会計検査単位の、同法の規定に違反し、会計検査機関が求めている会計検査関係資料の提出を拒否し、または提出を延期し、会計検査を拒絶し、または妨げる行為に対する是正命令・通告・警告を発する権限（会計検査法四一条）、②被会計検査単位の会計証憑、会計帳簿、財務諸表およびその他の財政・財務収支に関係する資料を移転し、隠匿し、改ざんし、または破棄する行為に対する差止権およびその主要責任者その他の直接責任者に対する行政処分提案権（被会計検査機関、その上級機関または監察機関に対して提案すること、以下、同様。会計検査法四二条）、③被会計検査単位の、同法の規定に違反し、違法に取得した資産を移転し、または隠匿する行為に対する差止権および裁判所に対する保全措置実施請求権ならびにその主要責任者その他の直接責任者に対する行政処分提案権（会計検査法四三条）、④被会計検査機関の国の規定に違反する行為に対して、法定の職権範囲内において法令の定めるところにより、期限を定めて、上納すべき収入を上納させ、不法所得および不法に占有する国有資産を返還させ、その他の是正措置の実施を命ずる権限およびその主要責任者その他

の直接責任者に対する行政処分提案権（会計検査法四五条・四六条）などが認めている。¹⁴⁶⁾

(ホ) 以上に見たような会計検査職務・権限を有する会計検査機関の会計検査業務執行の手続について、会計検査法は、①会計検査機関は、会計検査項目の計画により確定された会計検査事項に基づいて会計検査グループを組織し、かつその実施日より三日前に被会計検査単位に会計検査通知書を送達すること（会計検査法三七条一項）、¹⁴⁷⁾ ②会計検査員は、会計証憑、会計帳簿および財務諸表を審査し、会計検査事項と関係する文書および資料を閲覧し、現金、現物および有価証券を検査し、ならびに関係単位および個人に対する調査などの方式により業務を行うこと（会計検査法三八条）、③会計検査グループは、会計検査を実施した後、会計検査報告書をまとめ、被会計検査単位のかかる報告書に対する意見を聴取したうえ、会計検査機関に同報告書を提出しなければならない、会計検査機関は、同報告書を受け取った日から三〇日以内に、同報告書を審査し、会計検査事項を評価するための会計検査意見書を作成し、被会計検査単位の違法行為に対して、その職権範囲内において会計検査決定をして、この会計検査意見書および会計検査決定を被会計検査単位および関係部門に送達しなければならないこと（会計検査法三九条前段・四〇条一項・二項）などを規定している。¹⁴⁸⁾

また、会計検査法は、会計検査員の職務執行を保障するため、会計検査員に報復し、または陥れ、犯罪を構成する行為に対して、法によりその刑事責任を追及するが、犯罪を構成しないこれらの行為について、行政処分を行うと定める（同法四八条）と同時に、会計検査員の責任などについて、権限を濫用し、自分の利益を図り、任務を懈怠して、犯罪を起こした会計検査員に対して、法によりその刑事責任を追及するが、犯罪行為を構成しないこれらの行為について、行政処分を行うと定めている（同法四九条）。

(3) 会社と会計検査監督制の関係

以上に見た会計検査監督制の内容からも明らかなように、同制度は、きわめて強力な会計検査権限を付与しているものである。しかし、かような会計検査監督を受ける対象については、前述したように、一九八八年の会計検査条例では、国有資産による投資を受けている合併企業、中外合作企業および国内の連合企業などもその対象に含まれているが、会計検査法では、これらの企業はその対象から外されている。したがって、会計検査法だけを見る限り、会計検査監督制は、国有の企業・金融機構・事業組織以外の組織、とりわけ私法人扱いを受ける会社組織とは無関係なものであるように思われる。

しかし、周知のとおり、中国において改革開放政策を通して確立されつつある市場経済体制は、あくまでも社会主義的なものでなければならぬとされ、その主要な特徴の一つは、生産手段の公有制が国民経済の主導的位置を占めなければならないところにあると言われる。それだけでなく、前述したように、改革開放の実施過程において、設立されたいわゆる株式制企業（有限会社と株式会社の二形態に限定されていることは前述のとおりである）のほとんどが従来の国有企業または集団所有制企業から改組されたものであり、またいずれの株式会社においても、国家株主と国有法人株主が最大の株主となっていることなどを考慮すれば、⁽⁴⁹⁾ 上述の会計検査監督制を会社組織と無関係なものにしてしまうわけにはいかないであろう。

実は、一九八九年一二月に国家会計検査院から公布された会社などの「内部会計検査業務に関する規定」⁽⁵⁰⁾ においては、国有金融機構や国有企業以外国有資産を有するその他の大中型の企業に対しても、内部会検査監督制の確立が要求されている（同規定三条一項四号）のみならず、内部会計検査監督制の職務・権限および業務執行手続などについても、前述の会計検査条例および会計検査法のそれらに関する規定とほぼ同旨の規定が定められている（同規定四条

以下参照)。また、会計検査法においても、かような内部検査監督制に関する詳細な規定が置かれていないものの、政府の各部門、国有金融機構・企業などは、国の関連規定に基づいて内部会計検査監督制を完全なものにしなければならないことが要求されている(同法二九条前段)。

このような会社内部の会計検査監督制に関する法整備の変革のもとに、中外合弁企業法規においては、小規模の合弁企業を除き、会計検査士の設置が要求され、その職務権限については、当該企業の財務収支および会計勘定を審査・検査し、取締役会および経理に報告しなければならないとされている(合弁法六条二項参照、合弁条例八二条)。これより、一九八六年九月に制定・公布され、中外合弁会社、中外合作会社、外資会社および中外株式会社の四形態の会社を定めた広東涉外条例においては、そのうちの合弁会社、合作会社および株式会社に対して、会社の規模を問わず、会計検査士の設置が義務付けられ、その職務権限について、合弁法規とまったく同旨の規定が定められている(同条例三四条・一〇四条⁵¹⁾)。

最も注意すべきは、株式規範においては、会社は、内部会計検査監督制を実行し、内部会計検査機構または会計検査員を設け、定款の規定により監査役会または取締役会の指導のもとに、会社の財務収支および経営業務活動に対して、内部的会計検査監督を行わせるものとする定められていることである(同規範八〇条)。

内部会計検査監督制の実行を要求しているこれらの法規には、その内部会計検査機構または会計検査員の具体的な権限が明定されていないが、上記の内部会計検査業務に関する規定によれば、①会社の会計証憑、会計帳簿、財務諸表、決算および資金・財産を検査し関係する文書および資料を閲覧する権限、②関連する会議への出席権、③会計検査事項について調査し、証明資料を獲得する権限、④会社の違法行為および浪費行為に対する臨時差止決定権などの権限を有するものとされている(同規定一〇条参照)。ただ、一九九二年以後に制定された会社法規のうち、上記の

株式規範を除けば、そのいずれにおいても、かような内部会計検査監督制に関する規定が定められていないため、これらの会社法規上、内部会計検査監督制の確立は、強制的なものではないと言えよう。

しかしながら、その一方において、前述したように、現実に設立された株式会社ほとんどが従来の国有企業などから改組されたものであるのみならず、そのいずれにおいても国家株主と国有法人株主が筆頭株主となり、また、中外合弁企業にせよ、中外合作企業にせよ、中国側の当事者の大半を占めているのが国有企業または国有株式が主流になっている会社であるという現実を考慮しなければならないであろう。そのため会計検査法には、国有資産が支配的地位または主導的地位を占める企業の会計検査監督については、國務院がこれを定めるという規定が置かれており（同法二二条）、一九九二年六月に国家会計検査院と国家経済体制改革委員会の連名により、株式制試行企業会計検査暫定施行規定（以下、株式会計検査規定と略す）が、また、一九九三年一月に国家会計検査院から中外合弁・合作経営企業会計検査弁法（以下、合弁・合作会計検査弁法と略す）がそれぞれ公布された。それで、株式会計検査規定の適用を受ける株式制企業と、合弁・合作会計検査弁法の適用を受ける合弁・合作企業も公的機関たる会計検査機関による会計検査監督を受けることになった。

（イ）株式会計検査規定は、①国有企業が内部従業員持株制の株式制企業に改組された会社、および国有資産が支配株式の地位を占める会社は、国有企業に対する会計検査の規定に基づいて会計検査監督を行うこと（同規定一条・二条前段）、②国有資産が参加株式の地位にすぎない会社は、必要に応じてまたは会計検査機関の要求に基づいて、当該会社の取締役会が国の認可および確認を受けた民間（社会）会計検査組織に委託して当該会社につき会計検査と証明を行わせるものとするが、会計検査機関が必要があると認めるときは、直接当該会社に対して会計検査監督を行うこと（同規定二条後段）、③会社の委託を受けて、当該会社の会計検査を行った民間会計検査組織は、その検査・証

明をした後、その会計検査報告書および資本検査証明書の写しを会計検査機関に提出しなければならず、会計検査機関は、かかる報告書などに虚偽または不法な状況等がある場合には、自ら審査および処理を行うこと（同規定三条）などを定めている。

(ロ) 合併・合作会計検査弁法は、以下のようなことを定めている。①国有資産を有する合併企業および合作企業ならびにその分支機構は、いずれも会計検査機関の会計検査の範囲に属する（同弁法二条二項）。②会計検査機関は、国有資産が支配株式の地位を占める合併企業の財産価値の維持およびその増殖指標の完成状況、資産負債および損益ならびに關係する業務執行活動に対して会計検査監督を行い、また、必要があると認める場合には、国有資産が参加株式の地位を占める合併企業および国有資産を有する合作企業に対して通常の会計検査監督を行う（同弁法四条）。③会計検査機関は、合併企業および合作企業に対して、以下のような会計検査監督権を有する。(A)会計検査を行って、いる過程において民間会計検査組織または会計事務所の発する会計監査報告書が真実でなく、または適法でないことを発見した場合は關係部門に通知して是正または処理をさせる権限（同弁法五条）、(B)会計検査に際して当該合併企業・合作企業の会計証憑、会計帳簿、財務諸表および關係文書・資料を検査し、關係単位および人員に対して調査を行って關係資料または証明資料を取得する権限（同弁法六条二項）、(C)会計検査に際して当該企業の法令に違反する行為を発見したときは、關係部門にそれを通知して法による処理をさせ、關係部門が正当な理由なくして遅延しまたは理由が不当である場合は、会計検査機関は、原因を究明した後に該当する政府に報告する権限（同弁法八条）などである。

要するに、株式制企業（有限会社と株式会社の二形態に限定されている）にせよ、有限会社または株式会社の組織形態をとる中外合併企業・中外合作企業にせよ、それが国有企業から内部従業員持株制の会社に組織変更されたもの

であるか、または国有資産が支配株式の地位を占めるものであれば、一般の国有企業が義務として受ける会計検査監督と同様な会計検査監督を受けることになり、しかも同会計検査監督は、当該企業の資産・負債および損益の適法性にとどまらず、経済的有効性、すなわちいわゆる妥当性検査監督にまで及ぶものとなる。これらの企業における国有資産が支配株でなく、ただの参加株式である場合でも、会計検査機関は、当該企業に対して民間会計検査組織の会計検査を受けさせ、民間会計検査組織の会計検査報告書に対する審査を通して、間接的に会計検査監督を行うことができるのみならず、必要があると認めるときは、自ら当該企業に対して会計検査監督を行うことができることになる。前述したように、改革の過程において設立された株式制企業ほとんどが従来の国有企業などから組織変更されたものであり、設立された中外合弁企業・中外合作企業における中国側の当事者のほとんどが国有企業であることから考えれば、現実においては、大半の株式制企業と合弁企業・合作企業が、公的監督機関たる会計検査機関による会計検査監督を受けることになることは明らかであろう。

ただし、問題となるのは、後述するように、外資系企業にせよ、株式制企業にせよ、決算の会計監査に限定されているものの、公認会計士による会計監査を義務付けられているが、会計検査監督制に関する法規制では、この公認会計士による会計監査との関係に関する規定が欠如していることである。もとより、会計検査監督制の対象範囲は、公認会計士による会計監査より広いことに加えて、検査の時期も、決算会計監査という期末検査に限定されていないため、両者はまったく性質の異なるものではあるが、会社の負担を軽減し経営の効率を保障するためにも、両者の重複する部分、たとえば計算書類などの財務諸表に対する会計検査における連携関係を明確にする必要があるのではないかと思われる。

四 公認会計士による会計監査制

(1) 公認会計士による会計監査制の実施

前述したように、日本では、会社法の立場より、株式会社の決算手続について、取締役会が株主総会に提出しようとする計算書類（貸借対照表、損益計算書、営業報告書、利益処分・損失処理案）およびその附属明細書につき、監査役会の監査のほか、公認会計士または監査法人たる会計監査人による会計監査が義務付けられているのは、商法特例法上のいわゆる大会社のみである。すなわち、商法特例法は、同法上の大会社に対してのみ、取締役会が株主総会に提出しようとする計算書類およびその附属明細書について、監査役会の監査のほか、会計監査人（公認会計士または監査法人）の監査を受けなければならないものとしている（商法特例法二条）。なお、これとは別に、証券取引法は、証券取引所に上場されている有価証券の発行会社その他の者で政令で定めるものが、同法の規定により提出する貸借対照表、損益計算書その他の財務計算に関する書類で大蔵省令で定めるものには、原則として、その者と特別の利害関係のない公認会計士または監査法人の監査証明を受けなければならないものとしている（証券取引法一九三条ノ二第一項）。

中国では、日本と比較すれば、かような公的職業会計人による決算会計監査制の実行が株式会社のみならず、広範な会社に対して義務付けられている。すなわち、中国では、国有企業や集団所有制企業などの会社組織と質の異なる伝統的企業のことはさておき、改革開放以来、設立された有限会社または株式会社（既存企業から組織変更されるものを含む）であれば、会社の規模を問わず、いずれも、その決算手続において、貸借対照表、損益計算書、財務状況変動書、財務状況説明書および利益処分案などから構成されるいわゆる会計報告書について、公認会計士による会計監査を受けなければならないものとされている。

具体的に言えば、まず外資系企業立法において、中外合弁企業は、一九八五年三月に公布された「中外合弁企業会計制度」の規定により、毎会計年度終了時に作成される会計書類（貸借対照表、損益計算書、財務変動表および関係する附属諸表）およびすべての会計勘定・帳簿について、公認会計士の監査を受けなければならない、かつ監査報告書を提出することを要するものとされていた（同会計制度七三条参照）。この時点では、中外合作企業の決算監査については同様な規定が定められていないが、おそらく、上記の中外合弁企業会計制度の規定がそのまま合作企業にも適用されていたと思われる。これに対し、全額外資による外資企業については、一九九〇年一〇月に公布された外資企業法実施細則により、その年度会計書類につき、公認会計士に会計監査をさせ、かつ会計監査報告書を作成させなければならない、また、かかる会計書類を公認会計士の監査報告書とともに、所定の期間内に政府の財政機関および税務機関に送付し、かつ設立の審査・認可機関にも届けなければならないものとされていた（同細則六三条三項・四項）。

また、上記の中外合弁企業会計制度を廃止し、外資系企業の統一会計制度を定め、中外合弁企業、中外合作企業および外資企業への適用を明確に定めた前述の外投資企業制度は企業の決算手続における会計書類について「会計報告書」という概念を用い、いわゆる会計報告書は、財務諸表および財務状況説明書から構成されるものであり、その前者には、貸借対照表、損益計算書、財務状況変動書および利益処分計算書とその関連の附属明細書が含まれると定めて、当該企業の会計書類に関する統一基準を示した（同制度七一条一項・二項）。同会計制度は、企業の年度会計報告書を、年度終了後四か月内に関連の財政機関、税務機関、企業的主管部門および投資家に公認会計士の監査報告書を添付して提出しなければならないと定めている（同制度七二条一項・二項参照）。同制度の規定について注意すべきは、公認会計士の監査を受け、公認会計士の監査報告書とともに送付される相手先にその投資家が含まれていることである。けだし、後述するように、その他の会社立法においては、政府の関連部門への送付が強制されている会計

報告書については公認会計士の会計監査が明確に要求されているのに対し、株主および会社債権者の閲覧に供するために総会開催前の備置きが要求されている会計報告書については公認会計士による会計監査がそれほど明確に規定されていない場合もあるからである。

外資系企業の地方立法に最も力を注いだ広東省では、前述した一九八五年一二月に公布された広東会計規定が、その適用範囲について中外合弁会社、中外合作会社、外資会社および中外株式会社の四形態の会社を定め、これらの会社の年度会計諸表および会計勘定・帳簿⁽⁵⁾の会計監査について、公認会計士による会計監査を受けることのほか、公認会計士の監査報告書の提出を要求している。そのみならず、同規定は、公認会計士の監査報告書とともに会計諸表を関連部門に送付することも要求している（同規定一二条・一三条）。

また、一九八六年九月に公布された広東涉外条例は、中外株式会社に⁽⁶⁾ついて取締役会は株主総会の定時総会開催の三〇日前に、①年度決算・予算報告書、②貸借対照表、③損益計算書、④財産目録表、⑤損失準備金・従業員福祉基金・発展基金の積立案、⑥株式利息および利益の配当または欠損補填案、の決算会計報告書を作成し、そのうちの①なし③の書類について公認会計士の監査証明を受けなければならないとしている（同条例一〇一条）。また、同条例は、公認会計士の監査を受けた書類を含む上記の①ないし⑥の会計書類の株主総会の開催前（具体的期間は定められていない）における会社本社での備置きを要求するとともに、中外合弁会社・合作会社、外資会社に関する規定の準用によりこれらの会計書類の政府関連部門への送付を要求している（同条例一〇一本文・一〇二条・一〇三条・三三条二項）。

他方、改革開放以来の会社立法、とりわけ一九九二年以後に制定・公布された会社法規のいずれにおいても、たとえば統一会社法上の公認会計士による会計監査制を定めた規定には「公認会計士による会計監査」という明確な表現

が置かれていないため、若干の曖昧さを残していると言われることがあるが、¹³³その他の関連法規を考慮すれば、公認会計士による会計監査制が法定されていると言えよう。ただし、それぞれの法規の規定には一定の差異が見られ、公認会計士による会計監査は、株主総会の定時総会の開催前の備置きが要求されている会計報告書について行われるものか、それとも政府の関連部門への送付が要求されている計算書類についてのものか、あるいは双方について要求されているものが明確であるとは言えない問題がある。

この点に関して、深圳株式規定と株式規範は、会社は株主総会の会日より一五日または二〇日（前者では一五日、後者では二〇日）前に、公認会計士の監査を受けた貸借対照表、損益計算書、財務変動表、利益処分案などの会計報告書を会社の所在地に備え置き、株主および会社債権者（株式規範では、株主のみ）の閲覧に供しなければならない。また、これらの会計書類を政府の関連部門に送付しなければならないと定めている（深圳株式規定一三二条一項・二項、株式規範六九条）ため、取締役会の株主総会に提出する会計書類が、公認会計士の監査を受けた後、会社の所在地に備え置かれ、政府の関連部門に送付されることは明らかである。これに対し、上海株式規定は、会社の年度会計書類の政府関連部門への送付と株主総会開催前の備置きを別々の規定で定めており、かつ株主総会開催前の備置きと募集設立による会社における公告が要求されている会計書類のみについて、公認会計士の監査を要求している（同規定九七条・九八条）。

これに対して、深圳株式条例と広東会社条例は、政府の関連部門への送付と募集設立による会社における公告が要求されている会計書類について公認会計士の監査を明確に定めているが、株主総会開催前の備置きが要求されている会計書類に関する規定には、公認会計士の監査の表現を置いていない（深圳株式条例一二二条一項・二項・二三条、広東会社条例一四一条一項・二項・一四二条）。

政府の関連部門への送付と募集設立による会社における公告が要求されている会計書類のみについて公認会計士の監査を強制しているのではないかと思われるのが海南株式条例である。けだし、同条例は、取締役会は毎会計年度の終了時に営業報告書、貸借対照表、損益計算書、財務変動表および株式利息および利益の配当または欠損補填案を作成し、監査役会の会計監査を受けた後、総会の会日の一五日前に、株主および会社債権者の閲覧に供するために会社の所在地にこれらの書類を備え置かなければならないものと定め(同上例一二四条)、条文を改めて株主総会の承認を得た上記の会計書類を政府の関連部門に送付し、そのうち、営業報告書を除く他の書類につき、公認会計士の監査を受けなければならず、募集設立の会社および社債の発行会社について、営業報告書を含む会計書類を公告することを要すると定めている(同条例一二五条)からである。

以上の会社法規と比べれば、統一会社法は、会社の会計書類の政府関連部門への送付に関する規定を設けていないのみならず、前述したように、会社の決算時の会計書類に対する公認会計士の監査については、会社は、毎会計年度の終了時に、①貸借対照表、②損益計算書、③財務変動表、④財務状況説明書、および⑤利益処分案という会計報告書を作成し、法に基づいて審査および検証を受けなければならぬと定めているだけである(会社法一七五条)。

統一会社法が会計書類の政府関連部門への送付に関する規定を設けなかったことについては、上記の株式会計制度において「企業は、所在地の財政税務機関、口座を開設している銀行および主管部門に対し月ごとまたは年度ごとに会計書類を送付しなければならない」とすでに定められているため、統一会社法は、規定の重複を避けるためにそれを設けなかったと解することができよう。しかし、上記の株式会計制度には同時に、有限会社にあつては、定款所定の期限内に会計報告書を各社員に送付しなければならず、株式会社にあつては、定時株主総会の会日の二〇日前にそれを本店に備え置き、株主の閲覧に供しなければならないほか、募集設立による株式会社にあってはそれを公告す

ることを要するという規定が設けられている（同制度七二条一項後段）にもかかわらず、統一会社法は、規定の重複を厭わずにまったく同様な規定を設けている（会社法一七六条）。統一会社法には他の法制度に関する規定にも、かような現象が見られるため、これは、おそらく立法技術の未熟さを示すものにほかならないであろう。

また、統一会社法における会社計算書類の「法に基づいて審査および検証」を受けるという規定のなかの「法に基づいて」とは、いかなる法に基づくのか、いわゆる「審査および検証」とは、それぞれ異なる機関による会計監査を指すものかそれともいずれも公認会計士による会計監査を指すものかについて議論されるところであるが、¹⁵⁴その他の法規との関連からすれば、「法に基づいて」とは、上記の株式会社会計制度および公認会計士法などの法規に基づくことを指し、いわゆる「審議および検証」は、いずれも公認会計士による会計監査を指していると解すべきである。

(2) 公認会計士による会計監査制の内容

中国では、上述のように、改革開放以来の外資系企業立法と一般会社立法のいずれにおいても、公認会計士による会計監査制は、会社法そのものの要請によって強制されていると言わなければならない。¹⁵⁵しかし、前述したように、日本の商法特例法においては、会計監査人による会計監査の実施が義務付けられているのみならず、会計監査人と会社との関係、会計監査人の資格および欠格事由、その選任・任期・解任、職務権限および責任などについても詳細な規定が設けられている。これに対し、中国の会社法規においては、公認会計士による会計監査制が強制されているものの、その他の事項に関し日本法のような詳細な規定が置かれておらず、これらの事項は、会社法規の特別規定にあたるその他の法規においてある程度に定められている。

(イ) 公認会計士の資格・欠格事由および会社との関係

日本の商法特例法は、会計監査人の資格・欠格事由などについて会計監査人は、公認会計士または監査法人でなけ

ればならないと定めると同時に（同法四条一項）、①公認会計士法二四条に定める、当該会社の役員（取締役または監査役）でありもしくは過去一年以内に役員であった者もしくはその配偶者、または使用人であり過去一年以内に使用人であった者などや、会社と著しい利害関係がある公認会計士、公認会計士法三四条の一一に定める、当該会社の株式を有する監査法人などや、会社と著しい利害関係がある監査法人、②会社の子会社もしくはその取締役・監査役から公認会計士・監査法人の業務以外の業務により継続的な報酬を受けている者またはその配偶者、③業務の停止処分を受け、その停止期間を経過しない者、④監査法人でその社員のうちに③にあたる者があるもの、またはその社員の半数以上が②にあたる者であるものは、会計監査人になることができないと、会計監査人の欠格事由を明確に定めている（商法特例法四条二項）。

会計監査人と会社の関係について、明確な規定が設けられていないが、会計監査人は、監査役と同様に株主総会において選任される（商法特例法三条一項）にもかかわらず、監査役と異なり、会社の機関を構成するものではなく、会社の外部の者であり、会社との契約によって会計監査の委任を受けるものにすぎず、そのゆえに会計監査人の監査が外部監査と呼ばれている¹⁵⁶。また、会計監査人と会社の関係は、準委任（民法六五六条）であり、監査契約に別段の定めがない限り、委任に関する規定（民法六四三条―六五五条）が準用されるため、会計監査人は会社に対し善良な管理者の注意義務を負い（民法六四四条）、その義務の一環として会社の機密保持の義務（守秘義務）を負うことになる¹⁵⁷と、一般に解されている。

中国法においては、会社外部の職業専門家たる会計士による会計監査は、公認会計士に限って行いうるものと要求されていることは、前述のとおりである。公認会計士とは、法により公認会計士証書を取得し、かつ委託を受けて会計監査、会計コンサルティングおよび会計サービス業務に従事する業務執行者のことをいう（公認会計法二条）¹⁵⁸。公

認会計士の欠格事由について、公認会計士法は、公認会計士は、委託者（会社）との間に利害関係のある場合は、回避しなければならず、委託者は、当該公認会計士に対して回避を要求する権利を有すると定めているだけである（同法一八条）が、一九八八年一二月に国家財政部から公布された「公認会計士会計書類監査規則」は、①委託者の役員または従業員として給料を受け、その他の福祉厚生待遇を受けている公認会計士、②委託者の責任者、主要管理者または当該委託契約の担当者と親近な親戚関係を有する公認会計士、③委託者と特別の利害関係を有する公認会計士は、当該委託者の会計監査の業務を引き受けることができないと定めている（同規則四条）。

このほか、前述の一九九二年九月に公布された「公認会計士による株式制試行企業の関係業務執行に関する暫定規定」（以下、公認会計士暫定規定と略す）は、①会計士事務所⁵⁹⁾の主要関係機関（主として業務管理上の上級機関や同事務所の主要な出資者などを指すと思われる）が当該委託会社の発起人または株主である場合、②会計士事務所の責任者または会計主管者が委託会社との間に利害関係またはその他の業務の公正たる執行に影響を及ぼす関係がある場合、④会計士事務所の各公認会計士が委託会社との間に上記の①ないし③の関係のいずれかに該当する関係にある場合、⑤会計士事務所が引き受けた委託会社の会計監査業務に参加するすべての者が民事訴訟法四五条に定めている事由の一つに該当する場合は、当該会計士事務所は、委託会社の会計監査業務を引き受けることができないのみならず、その公認会計士および業務補助者を委託会社の会計監査に派遣することもできないと定めている（公認会計士暫定規定一条・一二条前段）。

公認会計士と会社との関係については、公認会計士法は、公認会計士が業務を行う場合には、当該公認会計士が所属する会計士事務所が一括しこれを受託し、かつ委託者と委託契約を締結しなければならないと定め（同法一六条一項）、その責任関係について、会計士事務所は、当該事務所の公認会計士が前項の規定により行われた業務に対して

民事責任を負うものとしている(同法一六条二項)。また上記の公認会計士暫定規定も、同旨の規定を設け、会社は、会社の関係業務(会計監査業務を含む)を引き受けることのできる会計士事務所へ委託して関係業務を執行させなければならず、法の規定により認可を受けて設立された会計士事務所は、会社の委託を受けて、公認会計士を派遣し、有限会社と株式会社(株式を公開発行した会社と株式を上場している会社以外の株式会社)の会計監査その他の業務を行うものとしている(同規定二条前段・三条・四条)。

したがって、中国においては、公認会計士は、あくまでも会社の会計監査の業務を引き受けた会計士事務所の派遣者にすぎず、会社と会計士事務所との業務委託契約によりその所属の会計士事務所の派遣を受けて関係の業務執行を行う者にすぎないため、公認会計士と会社は関係業務の委任者と受任者の関係にあるのではなく、かような関係にあるのは会計士事務所と会社である。それゆえに、公認会計士は、公認会計士法などに定められている公認会計士個人の義務に違反するものでなければ、原則として、その行っている業務執行につき、委託会社に対して責任を負わないものと解すべきであろう。要するに、中国法における公認会計士と会社との関係は、日本法における監査法人の社員と会社との関係に類似するものであると言えよう。ただ、後述するように、ここで指摘しておきたいのは、会社において、公認会計士による会計監査業務を引き受ける会計士事務所を選定する権限がどの機関によって行使されるかがきわめて重要な問題であるということである。

(ロ) 公認会計士の選任・任期・解任など

日本法においては、会計監査人(公認会計士または監査法人)は、株主総会の普通決議によって選任されるものとされている(商法特例法三条一項)。その任期は、就任後一年内の最終の決算期に関する定時総会の終結までであるが、この総会で別段の決議、とりわけ不再任の決議がなされなかったときは、再任されたものとみなすと定められて

いる（商法特例法五条の二第一項・二項）。会計監査人の解任についてまず会計監査人は、何時でも株主総会の普通決議で解任することができるが、解任された会計監査人は、その解任について正当な理由がある場合を除き、会社に対してこれによって生じた損害の賠償を請求することができる（規定されている（商法特例法六条一項・二項））。

また、商法特例法は、上記の会計監査人の選任・任期および株主総会による解任について、これらの事項がもっぱら取締役会または代表取締役の意思のみによって決められてしまうことを防止し、会計監査人の地位の独立制を確保するとともに、これらの事項に関する決定に監査役の意思を反映させるため、これらの事項の決定に対する監査役会の一定の関与権を認めている。すなわち、その選任・任期および総会による解任のいずれについても取締役は、会計監査人の選任・不再任・解任に関する議案を総会に提出するには監査役会の同意を得なければならない、しかも、監査役会は、その決議をもって取締役会に対し、会計監査人の選任・不再任・解任を総会の会議の目的とすることを請求することができるものとしている（商法特例法三条二項・三項前段・五条の二第三項・六条三項）ほか、会計監査人の選任に関して、監査役会は、取締役会に対し、会計監査人の選任に関する議案を総会に提出することを請求しうると定めている（商法特例法三条三項後段）。

そのみならず、商法特例法は、会計監査人は、①職務上の義務に違反し、または職務を怠ったとき、②会計監査人たるに相応しくない非行があったとき、③心身の故障のため職務の遂行に支障があり、またはこれに堪えないとき、のいずれかに該当する場合には、監査役会の全員の一致による決議で解任することができる、という監査役会の会計監査人解任権をも認めている（同法六条の二第一項・一八条の三第一項但書）。その立法趣旨については、会計監査人の解任は、原則として株主総会でなされるが、上記のような緊急にそれを解任しなければならない事由が生じたときは、臨時株主総会を招集することなく、その解任ができるようにするため、監査役会による解任の方法を認めたの

であると解されている。⁽⁶¹⁾

日本法と比較すれば、前述したように、中国の会社法およびその関連法規においては、公認会計士の選任・任期および解任について、上述の日本法におけるような規定が定められていない。法によって明らかにされているのは、会計士事務所が一括して会社の会計監査を含む関係の業務を委託会社との契約により引き受け、そして、かかる委託契約により適正な公認会計士および補助者を派遣して関係業務の執行に当らせることのほか、その公認会計士の業務執行について当該事務所が民事責任を負うことなどである。これらの規定からすれば、会社は、まず、その会計監査の業務を引き受けることのできる会計士事務所を選定し、そして、かかる事務所と会計監査業務に関する委託契約を締結することになる。この委託契約の締結後、いかなる公認会計士を派遣するかは、かかる公認会計士の業務執行について民事責任を負う会計士事務所が決定することであって、会社はそれ以上関与することはできないと解すべきであろう。

また、会計士事務所によって派遣される公認会計士の任期および当該公認会計士の解任・更迭などは、当然に会社と会計士事務所の間で結ばれた委託契約書によって左右されるほか、会計士事務所がかかる契約に基づいて責任をもって決定することができることになるであろう。ただ、これらに関しては、現実においていかなる契約が締結され、かかる契約が関連法規のもとにおいていかに運営されているのか実務運用を解明しない限り、把握しにくい面があることも否めない。

会社との関係から見れば、会社が会計監査の業務を委託する際に、それを引き受ける会計士事務所を選定する権限が会社のどの機関に属するかが最も重要な問題である。これについて、会社法には明確な規定が置かれていないため、一般に会社の法定代表者たる董事長がこれを有すると解すべきである。⁽⁶²⁾ただし、前述の公認会計士暫定規定において

は、会社の会計監査業務を引き受ける会計士事務所について、以下のような限定的な規定が設けられていることも看過してはならない。

同暫定規定は、まず有限会社と公開発行・上場会社以外の株式会社⁽⁶⁵⁾については、国家財政部または省、自治区もしくは直轄市の財政局の認可を受けて成立した会計士事務所であれば、会社の委託を引き受け、会社と会計監査などの関係業務の委託契約を締結して、公認会計士を派遣し、会計監査などの業務執行に当らせることができると定めている（同暫定規定二条前段・三条・四条）。

これに対し、株式を公開発行した会社および株式を上場している会社については、その会計監査を含むその他の関連業務を引き受けることのできる会計士事務所に対してさらに厳格な要件が定められている。すなわち、かような株式会社の会計監査業務などを引き受ける会計士事務所は、公認会計士条例⁽⁶⁴⁾により、政府の関連部門の認可を受けて成立したものであるほか、①法により認可されて成立し、登記を受けて法人格を取得し、内部機構および管理制度が比較的健全であること、②三年以上の会計監査および検証業務経験を有する八名以上の常勤公認会計士を有し、かつ専門知識の水準の比較的高い業務補助者を有すること、③関係業務に従事するのに必要な金融および法律の専門家その他の技術要員を有すること、④良好な職業道徳上の記録および社会的信用を有し、直近の三年以内において比較的大きな業務過失および職業道徳違反行為を生じなかったこと、⑤リクス準備金を設置し、負うべき経済責任を引き受けることができること、の五条件を備えなければならない（同暫定規定四条）。

そのみならず、かかる事務所は、公認会計士名簿を添付し、自ら備えている条件を説明し、かつ職業道徳および業務規律の遵守に関する保証書を作成して、主管財政部門に申請し、それによる審査および確認を受けて、国家財政部に届け出、同部の審査を受け、同部から書面による認可を受けると同時に、同部の発給する会計士事務所業務執行

許可書および所属する公認会計士業務執行許可書を受けなければならない(同暫定規定五条一項)。

したがって、株式を公開発行した会社と株式を上場している会社においては、会計監査の業務を委託できる会計士事務所は、まず上述の諸条件を備えているもの、すなわち、国家財政部の発給する関係業務執行許可書を有する会計士事務所に限られることになるであろう。会計士事務所の選定権限を行使する者は、その権限の行使範囲がまず上述の関連制度によって限定されるので、その限られている範囲から会計士事務所を選定しなければならないという制限を受けざるをえないことになる。

それにしても、かような会計士事務所の選定権がどの機関によって行使されるべきものかについて規定を設けていないのは問題であり、前述したように、現行法のもとでは、おそらく、会社の法定代表者たる董事長がこの権限を有することになると解するしかないであろう。前にも触れたように、中国法上の董事長は、会社の法定代表者とされているにもかかわらず、株主総会の主宰および取締役会の招集・主宰権、取締役会の決議の執行状況に対する監督権、株券および債券への署名権などの権限しか認められていない。実際の会社の業務執行は、取締役会において選任・解任される経理(取締役であることを要しない)などの経営者によって行われることになっているため、一応、業務執行者と業務執行の監督者の資格分離が図られているのは前述のとおりである。したがって、実際の業務執行者ではない董事長がこの会計士事務所の選定権を有することも、それほど不合理ではないであろう。

しかし、董事長は、会社の法定代表者とされているのが事実であり、それも、会社の業務執行に関する意思決定を行うほか、実際の業務執行者になる経理の選任・解任権を有する取締役会において選任・解任されることになっているため、会計士事務所の選定権を行使するときに取締役および取締役会の意思を慮るおそれがあるのみならず、その選定権が取締役会の決議をもって行使される可能性も全然ないとはいい切れないであろう。これらのことに加えて、

監査役会の法定化が実現されていることを考慮すれば、会計士事務所の選定権が董事長および取締役会の意思によることを防止し、会計士事務所および公認会計士の会社からの独立性を確保して、公認会計士による会計監査制度の有効性を保障するためには、かような選定権を監査役会に付与するか、少なくとも日本法のように、会計士事務所の選定について監査役会の同意権を認めるべきであろう。

(イ) 公認会計士の職務権限

日本の商法特例法は、会計監査人について、商法二八一条一項の書類（ただし、営業報告書および附属明細書については、会計に関する部分に限られる）を監査するという基本的職務権限を定めている（商法特例法二条・一二条・一三条一項・二項）ほか、その個別的職務権限として①何時でも会社の帳簿および書類を閲覧もしくは謄写し、または取締役および支配人その他の使用人に対して会計に関する報告を求める権限、②職務を行うため必要があるときに会社の業務・財産の状況を調査する権限、③職務を行うため必要があるときに子会社に対して会計に関する報告を求める、子会社が遅滞なく報告をしないときまたは報告の真否を確かめるため必要があるときに、報告を求めた事項に関し子会社の業務・財産の状況を調査する権限（商法特例法七条一項―四項、商法二七四条ノ三第二項・三項）を認めている。

また、監査役と会計監査人との連携を図るために、前述したように、職業人としての会計監査人の監査の信頼性に基いて監査役会の監査報告書の簡略化が図られている（商法特例法一四条三項）。他方では、監査役は、会計監査人の監査報告書につき、会計監査人に対して説明を求めうる（商法特例法一三条三項）ほか、その職務を行うため必要があるときは、会計監査人に対してその監査に関する報告を求めることができる（商法特例法八条二項）と定められている。このほか、会計監査人に、その職務を行うに際して取締役の職務遂行に関し不正の行為または法令もしくは

は定款に違反する重大な事実があることを発見したときは、それを監査役会に報告しなければならないという報告義務を課している(商法特例法八条一項)。

中国法においては、まず日本法におけると同様に、公認会計士の一般的職務権限として公認会計士は、会社の決算期における会計監査を行い、会計報告書(貸借対照表、損益計算書、財務変動表および関係附属明細表からなる。株式会計制度七一条参照)などを監査して、会計監査報告書を提出するものとされている(公認会計士法一四条一項一号ほか、株式会計制度七五条)。その個別的職務権限として、①公認会計士は、その職務を行うときは、必要に応じて会社の関係会計資料および文書を検査・閲覧し、会社の業務現場および施設を調査しうるほか、その他の必要な協力の提供を会社に対して請求することができると定められている(公認会計士法一七条)、②公認会計士の公正なる会計監査業務の執行を保障するために、(A)会社が公認会計士に対して不実または不当な証明書を作成するように依頼したとき、(B)会社が故意に關係会計資料および文書を提出しないとき、(C)会社がその他の不合理な要求をし、これにより公認会計士の作成する報告書が財務会計の重要事項について正確な表示をすることができないとき、のいずれかに該当する場合は、公認会計士は、会計監査報告書の提出を拒否することができるとされている(公認会計士法二〇条)。③株式会計制度においては、会社の義務として、公認会計士に対して、關係会計資料を提供する義務、公認会計士の質問に対する回答義務および關係事項に関する説明義務が定められている(同制度七八条前段)。

上述の日本法の規定と比較すると、公認会計士がその職務を行うため必要があるとき、当該会社およびその子会社の業務・財産の状況を調査する権限を有しているかどうかについて明確な規定を置いていないほか、何時でも取締役および経理などの会社経営者に対して会計に関する報告を求めることができ、また必要があるとき、子会社に対して会計に関する報告を求めることができるか否かについても明確な規定を設けていない。言うまでもなく、公認会計士

による会計監査制度の有効性を高めるためにも、これらの権限に関する明確な規定を設ける必要があると言えよう。

さらに、前述したように、日本法では、監査役と会計監査人の連携を強化するために種々の規定が設けられているが、中国法においては、監査役会と公認会計士または会計士事務所との連携について何らの規定も設けられていないのが問題の一つであると言えよう。この点に関しては、日本法の関連規定を参考しながら、会社の決算会計監査につき、職業人たる公認会計士の監査の信頼性に基づいてこれを主とするが、会計監査のみならず会社の業務執行についても監督・監査権を有する監査役会の有効な監督機能を強化するため、公認会計士の有する情報確保し、その協力を得ることがきわめて重要であり、監査役会の公認会計士または会計士事務所に対する報告請求権と公認会計士または会計士事務所の監査役会に対する報告義務を明確に定めるという方向で法整備を急ぐ必要があると思われる。¹⁶⁶⁾

また、日本法においては、監査役および監査役会の監査報告書の提出の義務および提出の期限が明確に規定されているのみならず、かかる監査報告書に記載すべき事項も法定されている（商法二八一条ノ三第一項・二項、商法特例法一四條二項・三項）。また、会計監査人の監査報告書についてもその提出の義務および提出の期限が定められており、会計監査人の監査報告書の記載事項について商法上の監査役が提出すべき監査報告書の記載事項のうちの会計に関する事項、すなわち商法二八一条ノ三第二項第一号ないし第七号、第九号および第一一号に掲げる事項（ただし、第六号および第九号に掲げる事項については会計に関する部分に限る）を記載しなければならないと規定されている（商法特例法一二條一項・二項）。

これと比べれば、中国の会社法規上、このような詳細の規定が定められていないため、このような規定に関する法整備が必要であると言われている。¹⁶⁷⁾ 会社法規には、確かに日本法のような詳細の規定が置かれていないが、公認会計士の関連法規を見れば、規定の仕方は日本法と異なる面もあるが、かかる報告書の提出義務、提出期限およびその具

体的内容などに関する規定は、一応定められているのである。

公認会計士の監査報告書の提出義務について、公認会計士法は、公認会計士は、会社の会計報告表を監査し、監査報告書を提出しなければならないと定めている(同法一四一条一項一号)¹⁶⁸。また、公認会計士の監査報告書の提出義務、提出先、その期限および内容などについて、前述の公認会計士会計監査規則¹⁶⁹は、以下のよう定めている。

公認会計士は、会計監査契約に定められている会計監査を終えたとき、その監査の意見について委託会社に監査報告書を提出しなければならない。同監査報告書は、①委託者の名称、②会計書類の名称・日付け・期間、③公認会計士の監査意見、④公認会計士の氏名および署名、⑤会計士事務所の名称および住所、⑥会計監査報告の日付け、⑦附属書類およびその他の説明事項という内容(項目)から構成されなければならない(同規則五〇条)。そのうちの③すなわち、公認会計士の会計監査意見には会計監査の範囲および会計監査の方法・手続の概要説明のほか、会計書類監査意見が含まれることを要し、会計書類監査意見には(A)委託者の採用している会計制度および経営事項に関する会計処理が法令などに違反しているかどうか、(B)委託者の会計処理方法が前年度のそれと一致しているかどうか、(C)会計書類の様式および種類が法令などの要求に適合しているかどうか、(D)会計書類の内容が真実で、会社の経営成果および財務状況を正しく示しているかどうか、および(E)公認会計士が説明する必要があると認めたその他の事項、に関する公認会計士の説明および意見が含まなければならない(同規則五一条)。

かかる報告書の提出期限やその記載事項などに関する上記の規定の合理性についてさらに検討する必要があるにせよ、同規則により、公認会計士の監査報告書の提出義務、提出期限およびその主な記載事項がある程度明らかにされていることも否めないであろう。

(ホ) 公認会計士の義務および責任

前述したように、日本では、商法特例法上の会計監査人は、独立した職業専門家として会社との契約によってその会計監査の業務を委託されたものにすぎず、会社の機関ではないと解されており、会計監査人と会社の関係は、民法上の準委任にあたり、会社との監査契約に別段の定めがない限り、民法上の委任に関する規定が準用され、したがって、会計監査人は、会社に対して善良な管理者の注意義務を負い、その義務の一環として会社の機密保持の義務を負うものと解されている。

会計監査人の責任について、商法特例法は、会計監査人は、その任務を怠ったことにより会社に損害を生じさせたときは、会社に対し連帯して（数人いるとき）、損害賠償の責任を負い、また重要な事項につき監査報告書に虚偽の記載をしたことにより第三者に損害を生じさせたときは、その会計監査人がその職務を行うについて注意を怠らなかったことを証明しない限り、その第三者に対し連帯して責任を負うものとしている（商法特例法九条・一〇条）。また、取締役または監査役もその責めに任ずるときは、会計監査人は、当該取締役・監査役とともに連帯債務者となることも定められている（商法特例法一一条）。

これに対し、中国では、厳密に言えば、公認会計士は、日本法上の監査法人の業務担当社員と同様なものである。したがって、その職務執行について、その所属の会計事務所が責任を負うことになる（公認会計法一六条）。しかし、公認会計士の業務執行の重要性に鑑みて、法は、公認会計士に対して、委託者と利害関係がある場合の回避義務（公認会計士法一八条）、業務執行により知り得た商業秘密に対する守秘義務（公認会計士法一九条）のほか、会計監査報告書の作成について、公認会計士は、①委託者の財務会計処理の法令違反、②委託者の会計処理がその使用人その他の利害関係者の利益を損なうおそれのあること、③委託者の会計処理がその使用人その他の利害関

係者に重大な誤解を生じさせるおそれがあること、④委託者の会計書類の重要事項に不実な内容があること、を知りながら、それを指摘しないことをしてはならないと定めている（公認会計士法二二条二項）。

また、公認会計士は、①業務執行期間において法令が公認会計士による売買を禁じている委託者の株式・債券、委託者および委託者に所属する個人の有するその他の財産を売買する行為、②委託契約に約定されている報酬以外の財物を要求もしくは収受し、業務執行に名を借りてその他の不当な利益を要求する行為、③委託を受けて債権回収の催告をする行為、④他人が自己の名をもって業務執行をすることを許可する行為、⑤同時に二つ以上の会計士事務所において業務執行をする行為、⑥広告宣伝により委託者を集める行為、⑦法令に違反するその他の行為をしてはならないとされている（公認会計士法二二条）。

以上のほか、公認会計士法第二〇条が、委託者が不実または不当な証明の作成を依頼したり、関係資料および書類を提供しないことなどにより監査報告書の公正性が害されるおそれがある場合には、公認会計士は監査報告書の作成を拒否しなければならないと定めていることは、前述のとおりである。公認会計士法は、また、公認会計士に対して課している第一八条における回避義務、第一九条における守秘義務、第二〇条における監査報告書作成拒否義務、第二一条二項における監査報告書作成時の指摘義務および上記の第二二条によって禁止されている公認会計士の行為のうち、①ないし④、⑥および⑦の禁止を会計士事務所にも課している（同法三一条・三二条）。

しかし、公認会計士法は、公認会計士個人については、上記の二〇条および二一条の規定に違反する行為をすれば、行政部門による警告、事案が重大であれば業務停止または公認会計士証書の取消しなどの処罰を受け、また、故意に虚偽の監査報告書を作成し、犯罪を構成する場合には、法により刑事責任を追及すると定めている（同法三九条二項・三項）だけで、公認会計士の民事責任、とりわけ損害賠償の責任に関する規定は設けていない。これに対し会計士事

務所については、上記の二〇条および二一条の規定に違反する行為をした場合には、警告、罰金、業務停止、資格取消しなどの行政処罰を定めている（三九条一項）ほか、前述したように、会計士事務所は会計監査契約の当事者であるため、公認会計士法の規定に違反し、委託者その他の利害関係人に損害を生じさせた場合は、当該事務所は法により損害賠償の責任を負わなければならないと規定している（同法四二条）。この規定によれば、会計士事務所の損害賠償責任は、同事務所の違法行為によって損害を受けた委託者（会社）に対してのみならず、同様な損害を受けたその他の利害関係者に対しても負うものとされている。もとより「その他の利害関係者」の意味はかならずしも明確ではないが、おそらくここでは第三者のことを指していると解すべきであろう。

また、前述した一九九二年九月の公認会計士暫定規定は、会計士事務所、公認会計士および監査業務執行行為者ならびに直接責任者は、その任務を怠ったことにより委託者に損害を与えたときは、損害賠償の責任を負わなければならない。公認会計士が故意に虚偽のもしくは誤解を生じさせる監査報告書を提出し、または会社の職員と通謀して私利を図ることにより会社に損害を与えたときも同様であると定め、公認会計士の損害賠償の責任を明確にしている（同暫定規定一四条本文・一項・二項）。これは、公認会計士の責任を強化する目的に出たものであると言えよう。¹⁰⁾

五 まとめ

以上において、株式会社の会計監査制度について述べてきた。これを要約すると、会社はまず会計法の適用を受け、会社内部の会計機構および会計職員を設置し、これらの者、とりわけ会計職員による会計監督制を実施しなければならない。そして、国有財産による投資を受けている会社では、¹¹⁾ 国の会計検査機関による会計監督・検査制が実施される。このほか、すべての会社について、公認会計士による会計監査制度の実施が義務付けられている。もとより各制

度に様々な問題が残されていることは、それぞれのところで述べたとおりであるが、これらの制度に監査役会による会計監査体制を加えた株式会社の会計監査制度全体を見ると、諸制度間の連携に関する規定が欠如しているのが最大の問題ではないかと思われる。もとより各制度がその法的性質において相当異なっているのがその原因の一つであると言えるかもしれないが、それでも、会社内部の会計機構および会計職員による会計監督制はさておき、国の会計検査機関、公認会計士および監査役会による会計監査体制のいずれにおいても、会社の決算期における会計監査が要求されている。したがって、会計監査体制間の重複問題を解決し、会計監査に関する情報の共同使用を通して会計監査の効率を高めると同時に、会社の負担を軽減するためにも、諸制度間の連携を強化する必要があるであろう。

日本では、周知のとおり、会社の決算期における会計監査について、監査役の監査のほか、会計監査人による会計監査が義務付けられている商法特例法上の大会社においては、会計監査人の監査報告書の監査役会への提出が義務付けられているのみならず、監査役会が、職業専門家たる会計監査人から受領した監査報告書を参考に自己の監査報告書を作成し、提出することのできる期間として一週間が保障されている。

なお、監査報告書の記載事項については、重複の記載を避け、会計監査人の監査報告書につき、商法二八一条の三第二項に列挙されたもののうちの会計に関する事項（商法二八一条ノ三第二項一号―五号、七号、九号および一一号）に限って記載することが要求され（商法特例法一三条二項）、監査役会の監査報告書については、会計監査人の監査を前提とし、監査役が会計監査人の監査の方法および結果を相当と認めた場合には、その監査報告書には会計監査について何も記載する必要がなく、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないと認めた場合にのみ、その監査報告書にその旨および理由ならびに監査役の監査方法の概要または結果を記載することになっている（商法特例法一四条三項一号）。

そのほか、前述したように、監査役の会計監査人に対する、監査報告書に関する説明請求権（商法特例法一三条三項）と監査に関する報告請求権（商法特例法八条二項）が認められ、会計監査人の監査役会に対する一定の報告義務（商法特例法八条一項）が課されている。

これに対し、中国法においては、国の会計検査機関、公認会計士および監査役会による監査・検査報告書の相互利用についてはもとより、それぞれの監査報告書の提出については、会社法において株主総会における監査役会の報告義務が要求されている以外には、何らの規定も設けられていない。したがって、前述したように、会計監査の重複問題を解決し、会計監査の有効性を保障するために、今後、かような状況を早急に改善する必要があると言えよう。

〔注〕

（１）これを公的監督体制の一種、少なくとも公的監督体制をある程度加味したものであると見る見解がある。これについて、北沢正啓・会社法（第四版・青林書院・一九九四年）二八五頁。また、商法特例法上の会計監査人を会社の機関として位置付ける説もある。これについて、田中誠二・会社法詳論上巻（全訂・勁草書房・一九七七年）六四三頁、菱田政宏・会社法（改訂版・中央経済社・一九七八年）二六四頁など。かりにこの説が成立するならば、会計監査人による会計監査は、外部監査でもなければ、公的監査でもなく、株式会社内部監査制度の一環をなすものになるであろう。

（２）たとえば、明治四四年の商法改正においては、取締役の各自代表の原則について定款または株主総会の決議をもって代表取締役を定めうることが認められており、昭和一三年の商法改正においては、さらに一歩進んで定款の規定に基づいて取締役の互選により代表取締役を定めうることが規定されていた。また、取締役を株主中から選任することを要求しないことは、明治四四年改正において提案され、昭和一三年改正によって実現された。以上について、北沢正啓・株式会社法研究（有斐閣・一九七六年）二一七頁以下。

(3) そのうち、事後設立および事後増資を株主総会の特別決議事項にした点について、これは、同改正により財産引受けに関する厳格な規制を設けたことと関連してその脱法を防止するために行われた改正であると言われている。北沢・前掲(注2) 二一七頁。

(4) 日本では、株主のこれらの監督は正権を少数株主権にしたことについては、これらの権利の濫用を防止する趣旨に出たものであると解されている。北沢・前掲(注1) 一六三頁。

(5) 北沢・前掲(注2) 二一三頁。

(6) 北沢・前掲(注1) 二八四頁。

(7) 上掲二八四頁。

(8) 酒巻俊雄「監査役監査と外部監査」商事法務二二九六号一七頁以下。

(9) 西山芳喜・監査役制度論——代替的機関説の試み(中央経済社・一九九五年 月) 一三二頁参照。

(10) 酒巻俊雄「株式会社監査制度の現状と課題・総論」商事法務二二九六号二頁以下。

(11) 酒巻・上掲二頁以下、同「業務執行機関の権限」竹内昭夫・龍田節(編)・現代企業法講座三卷(東京大学出版会・一九八五年) 二六八頁。

(12) 片木晴彦「監査役の適法性監査と妥当性監査」北沢正啓・浜田道代(編)・商法の争点(I) 一六六頁以下、西山・前掲(注9) 一八三頁以下、同「監査役の兼任禁止と違反の選任の効果」北沢・浜田(編)・商法の争点(I) 一六八頁以下。

(13) 山下友信「監査役機能強化の方策」北沢・浜田(編)・商法の争点(I) 一七〇頁以下参照。

(14) 白国棟「中国会社法上の監査制度」判例タイムズ八五七号五四頁以下。

(15) 酒巻俊雄「中国会社法の基本的構造とその検討」判例タイムズ八五七号四六頁以下。

(16) また、白国棟の前掲(注14)論文によれば、一九九四年五月一日付けの人民日報(海外版)に紹介されたある調査では、調査対象となった三一七社の株式制企業においては、国家株と法人株(そのほとんどが公有株とされる)の合計が全体の八割を占めているという。白・前掲(注14) 五七頁・六八頁(注20)。

(17) たとえば、中外合弁企業法が定める取締役会の権限には、会社の会計検査士の選任・解任およびその報酬の決定が含まれており(合弁法六条)、合弁企業法实施条例は、合弁企業は、会計検査士を設置し(小規模企業は設置しなくてもよい)、企

- 業の財務支出および会計帳簿を検査し、取締役会と経理に報告すると定めている（合併実施八二条）。また、一九八八年一月に制定された「中華人民共和国会計検査条例」により会計検査を受ける対象には、国有財産が入っている中外合併企業と中外合作企業が含まれている（同条例一二条五号）ほか、同条例は政府機関および国有企業に対して内部の会計検査機関と会計検査士の設置を奨励している（同条例二七条―二九条参照）。かような経緯のもとに、株式規範は、株式会社の内部の会計検査機関と会計検査士の設置を法定したのである（同規範八〇条）。しかし、一九九四年八月に制定された「会計検査法」は、上記の会計検査条例を廃止し、その規制対象から国有財産の入っている中外合併企業と中外合作企業を外したのみならず、企業内部の会計検査機関と会計検査士の設置に関する規定を設けなかった。
- (18) したがって、同機関の法的性質について種々の議論がなされている。その詳細については、王進生「中国の会社立法における取締役会について」立命館法学一九九三年第四号七二―一頁以下参照。
- (19) 加美和照（編著）・取締役の権限と責任——法的地位の総合分析（中央経済社・一九九四年）六三頁、酒巻・前掲（注11）二六六頁。
- (20) 北沢・前掲（注1）三四九頁。
- (21) 加美・前掲（注19）七一頁注一参照。
- (22) 一部の会社法解説書は会社の必要の機関のうゑに「常設的機関」であることを加えている。これについては、大隅健一郎「今井宏・会社法論中巻（第三版・有斐閣・一九九二年）一八二頁、田中誠二・会社法詳論上巻（三全訂・勁草書房・一九九三年）五九四頁、本間輝雄「古瀬邦夫（編）・会社法（第五版・法律文化社・一九九五年）二〇〇頁など。なお、大隅「今井両教授は、取締役会がその権限を行使するには、かならず会議を開いてそこにおける討議と表決によることを要するため、この会議（取締役会議）もまた取締役会とよばれる。商法が取締役会として規定しているのは主としてこの会議に関するが、本来会議そのものは機関としての取締役会の活動の形式にすぎず、それ自体が会社の機関を構成するわけではない。したがって、機関としての取締役会をもっぱらこの会議の意味に解し臨時的なものとするのは正確ではないと強調している。
- (23) 稲葉威雄・改正会社法（金融財政事情研究会・一九八三年）二二七頁以下、大隅「今井・前掲（注22）一八八頁。ほぼ同様な旨について、北沢正啓・改正株式会社法（改訂版・税務経理協会・一九八二年）八一頁、同・前掲（注1）三七三頁参照。
- (24) 加美・前掲（注19）六七頁以下、大隅「今井・前掲（注22）一八九頁以下。ただし、大隅「今井教授は、業務担当取締役の指

揮に服する使用人について、取締役会は業務担当取締役を通じて間接的にこれを監督するにとどまり、平取締役の場合について、平取締役も取締役会に出席して決議に加わる任務を有するため、その他の取締役の業務執行を監視する義務、いわゆる監視義務を負う。かかる義務の基礎は取締役会の監督権限にあるから、その意味では、平取締役としての任務遂行も、取締役会の監督対象に入るものであると、詳しい解釈を加えている。

(25) 稲葉・前掲(注23)二二九頁、加美・前掲(注19)七四頁。

(26) 大隅Ⅱ今井・前掲(注22)一八八頁。

(27) 加美・前掲(注19)六八頁・七四頁。

(28) 稲葉・前掲(注23)二二八頁。

(29) 加美・前掲(注19)七四頁。

(30) 北沢・前掲(注1)三七三頁。

(31) 加美・前掲(注19)六七頁・七四頁。なお、ほぼ同様な趣旨から、大隅Ⅱ今井教授は、「取締役会は、法律または定款により株主総会の権限に属せしめられた事項を除き、会社の業務につき、一切の権限を有するが、その権限の一部はその選任する代表取締役または業務担当取締役に委譲せられる。したがって、取締役会はこれらの取締役の活動につき監督権を有するの当然である」と述べている。大隅Ⅱ今井・前掲(注22)一八八頁。

(32) 加美・前掲(注19)六八頁。同様な趣旨について、北沢・前掲(注1)三七三頁、大隅Ⅱ今井・前掲(注22)一八九頁、前田庸・会社法入門(第四版・有斐閣・一九九五年)二五一頁以下、鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫・会社法(第三版・有斐閣・一九九四年)二七八頁注4など参照。なお、取締役会の監督権の妥当性の意義については、企業の社会的責任の履行、取締役の経営上の判断、合目的性ないし妥当性の判断、監督など取締役のすべての行為に及ぶものであると強調されている。

(33) 片木・前掲(注12)一六六頁。

(34) 上掲一六六頁以下。

(35) 倉沢康一郎「監査機構」竹内Ⅱ龍田(編)・現代企業法講座三卷三二七頁・三三六頁以下。

(36) 酒巻・前掲(注10)二頁以下、同・前掲(注11)二六六頁―二七一頁参照。このなかで、同教授は取締役会の監督体制のこれらの欠陥を克服するために、昭和四二年五月に、機関体制としては従前通り業務監査は取締役会が行うとしながら、社長・

副社長その他の業務担当役員および使用人は取締役になれないものとする構想を中核とした「監査制度に関する問題点」のA案が公表されたが、経済界の根強い反発を受けて実現することができなかったと説明している。

(37) 広東条例は、前述のように、經理の権限自体を他の法規のように列挙していない(同条例一二〇条参照)。

(38) 酒巻俊雄「中国の会社法と会社制度——日本法との比較において」代りリポート一一一号八頁。

(39) ただし、一九九二年に制定された深圳株式規定、上海株式規定、株式規範は、以上の権限のほか、戦争や重大な自然災害のような緊急の場合における董事長の特別裁決権と処置権を認めており、統一会社法以外の法規は、定款または取締役会の授権によるその他の権限を有する可能性を認めている。また、多くの会社法規は、董事長の署名権は、会社の株券と社債券のほか、その他の重要な書類に及ぶものであると定めている。これらに対し、統一会社法は、会社は必要があるとき、取締役会の授権に基づいて取締役会が開催されない期間において取締役会の権限の一部を董事長に行使させることができると定めているだけである(会社法一二〇条一項)。

(40) 酒巻・前掲(注38)八頁、同・前掲(注15)五一頁。また同旨の解説については、白国棟・前掲(注14)五六頁参照。

(41) 李建中「田景朝」杜春(主編)・中国現代企業制度運用法律全書(经济管理出版社・一九九四年)二〇〇頁。

(42) また、深圳株式規定一九九条一項六号、上海株式規定八六条一項六号、株式規範六〇条一項六号、海南株式条例一一一条一項五号は、經理は会社の定款の規定または取締役会の授権により会社を代表して対外的業務を行うことができると定めている。

(43) これについては、土橋正「アメリカの取締役制度」加美・前掲(注19)三六七頁以下参照。

(44) 白国棟・前掲(注14)五六頁。

(45) 上掲五七頁。

(46) 統一会社法においてもその草案において董事長の同様な義務が定められていたようである。これについて、白国棟・前掲(注14)六七頁。

(47) 白国棟・前掲(注14)五七頁。

(48) 上掲五七頁。

(49) 関連資料によれば、年に二六回の取締役会を開催した会社もあるとされているため、実際の運営においては、相当の差が

生じることとは想定できよう。李建中ほか・前掲(注41)二〇六頁参照。

- (50) 実には、新中国の会社関連立法において最初に監査役に関する規定が登場したのは、一九五〇年に制定された「私営企業暫定条例」においてである。同条例は、個人企業、組合企業のほか、会社形態として、合名会社、合資会社、有限会社、株式会社および株式合資会社を認めており、しかも、合名会社と合資会社以外の会社について、監査役(原語は「監察人」)の設置を定めていた(同条例二〇条参照)。ただし、同条例における監査役制度は、合議機関制ではなく、独任機関制となっていた。

- (51) 北沢・前掲(注2)二二二頁。

- (52) 取締役については、会社の代表権の問題もあって一般に各自執行・各自代表の体制が取られていたという。加美・前掲(注19)一〇頁など。

- (53) 当時は二人以上とされていたが、平成五年の同法改正により三人以上と拡大された。

- (54) 奥島孝康「監査役会の法定と機関権限の再分配」商事法務一二九六号二二頁・二六頁。なお、同教授は、かような考え方は未だに根強く続いていると主張し、それに対する反論として、監査役制度が理論上当然に独任制でなければならないというものでもないことは、取締役制度が当然に取締役会という合議制機関化しなければならないわけではないのと同様である。日本と機関構成のシステムを異にするドイツ法では、合議制機関の監査役会と独任制機関の取締役という逆転した機関構成が採用されていることから明らかであると強調している。また、監査役会の法制化の必要性について、大会社の監査を効果的・効率的に実施するためには、組織的監査が不可欠であり、監査役会の法制化は、各監査役の意見を圧殺するというよりも、むしろ各監査役の監査権限の行使の行きすぎをチェックする機能を期待できる。というのは、合議機関たる監査役会を介することにより、監査役間の相互の監視義務の存在が相互監査・相互牽制の効果を引き出すことが可能と考えられるからであると論じている。

- (55) 北沢正啓「監査役会の法定」民商法雑誌一〇八号五七三頁。

- (56) 奥島・前掲(注54)二三頁以下。

- (57) 上掲二四頁以下。

- (58) 以上に述べた大会社の監査役の職務分担、とりわけ監査役会の法定問題に関する法制審議会商法部会などの長年にわたる

検討と議論の変遷の概要は、北沢・前掲(注55)論文よりまとめたものである。

- (59) この権限の行使により、監査役会は、各監査役の職務分担、常勤監査役と非常勤監査役、社内監査役と社外監査役の役割分担を定めることができ、これによって組織的監査が可能であると解されている。これについて、北沢・前掲(注55)五七七頁。

- (60) たとえば、監査役会が、その決議で監査役の有する営業報告請求権・業務財産調査権、取締役の違法行為差止権、取締役の責任追及訴訟提起権などの行使を制限しても、各監査役は、これらの権限を独自に行使しうることになっている。これは独任制の機関としての監査役の長所を損なわないためであると解されている。これについて、北沢・前掲(注1)四六八頁以下。

- (61) この問題については、監査役会は監査に関するすべての事項を合議によって決定する機関ではないが、協議のみを行う機関でもなく、それが合議機関か協議機関かを論じることには、意味がないと強調する説もある。これについて、北沢・前掲(注55)五七九頁。

- (62) 白国棟・前掲(注14)五五頁。

- (63) たとえば、日本の会社法では、新株の発行および社債の発行のような重要な事項の決定権は取締役会に属するものとされているのに対し、中国の会社法では、そのいずれも株主総会の決議事項とされている。

- (64) 株主の代表と従業員の代表から構成される取締役会をいわゆる株式制企業の最高意思決定機関とし、取締役会によって選任・解任される経理を業務執行担当機関とするこの時期の議論については、董大林「社会主義企業の新基点たる株式化」人民日報一九八六年八月一八日五頁ほか、国家経済体制改革委員会総合企画司(編)・中国改革大思路(沈陽出版社・一九八八年)二〇頁・一二三頁・一三八頁など参照。

- (65) 江平・前掲(注65)一七六頁、王保樹・崔勤之・企業法論(労働者出版社・一九八八年)一五二頁など。

- (66) 前者については、彭堅「株式制における両権分離と公有制性質」経済理論と经济管理一九九〇年二号一八頁、後者については、李誠「会社立法の六つの基本問題について」中国法学一九九一年四号九八頁参照。

- (67) 酒巻・前掲(注15)四七頁。

- (68) 以上については、現代企業制度調査研究グループ「社会主義市場経済体制に適應する現代企業制度の確立について」人民

日報一九九三年一月二二日。

(69) 中国企業管理訓練センター(編)・現代企業制度の確立(企業管理出版社・一九九四年)一五七頁、曹風岐(主編)・中国株式制企業の理論と実践(企業管理出版社・一九九三年)一五一頁、李明義・株式制と社会主義市場経済(中国政法大学出版社・一九九三年)二二二頁。

(70) 統一会社法は、大規模の有限会社に対しても監査役会の設置を強制している(会社法五二条)。

(71) 周劍龍「株式会社の内部監督体制について」法学評論一九九五年一号一四頁、石少侠・会社法(吉林人民出版社・一九九四年)二四五頁。

(72) 袁潔「わが会社法の基本内容」経済導刊一九九三年三号一七頁、薛駒「全国人民代表大会法律委員會の中華人民共和國会社法(草案)の審議結果に関する報告」全国人民代表大會常務委員會公報一九九三年七号六四頁。

(73) 白国棟・前掲(注14)五五頁。

(74) 北沢・前掲(注55)五七八頁。

(75) 一部の会社法規は、かような出席権を認めておらず、取締役会に出席しうる者を監査役会の委任を受けた監査役のみとしているため、委任された監査役は独自の出席権を行使するのではなく、監査役会の代表として出席するにすぎない(海南株式条例一一七条一号、広東条例一二四条一号)。また、一部の会社法規は、監査役会の招集者とされる監査役のみに取締役会への出席権を認めている(深圳株式規定一二八条一号、株式規範六五条一号)。

(76) 広東条例も、監査役会の運営について具体的な規定を設けず、それを定款に委ねる方式を採っている(同条例一二三条一項)。

(77) 監査役会の決議は監査役の「半数以上」をもってなすものと定めている法規もある(海南株式条例一一八条・一〇五条一項)。

(78) 白国棟・前掲(注14)五九頁。

(79) 上掲六〇頁参照。

(80) 大隅健一郎・新版株式会社法変遷論(有斐閣・一九八七年)三四八頁参照。

(81) これについては、奥島孝康「市場経済と労働者参加——会社法学的構成試論」早稲田法学六九卷四号七頁以下。なお、同

教授は、その論文一一頁において、日本における従業員持株制の実態につき、それは、①従業員の財産形成、②経営参加意識の向上、③安定株主の形成などの目的のもとに、平成四年現在、全上場会社二、二二三社中二、〇一一社（九四・七％）、非上場会社では、調査対象とされた資本金一億円以上従業員一〇〇人以上の四、四一五社のうち回答を得た九九一社中二七三社（二七・四％）において実施されていることを明らかにした。ちなみに、日本では、労使協議会・経営協議会・生産協議会などの名称のもとに労資協議機関が全国の事業所の大部分において設置され、これに経営的事項、生産的事項、人事的事項、社会的事項、労働条件的事項などが付議されているのみならず、そのうち、労働条件的事項のほとんど全部が意見の一致により決定され、人事的事項および社会的事項の半分近くが同様の決定方法をとっているが、経営的事項および生産的事項については報告・説明にとどまるのが大部分であると紹介されている。これについて、大隅・前掲（注81）三四六頁以下参照。

（82） 同規定は、国家は従業員の主人公たる地位を保障し、従業員の合法的権益は法律の保護を受けると定めている。

（83） 国家経済体制改革委員会経済管理司「指導性と計画をもって進めるべき株式制試行」国家経済体制改革委員会企業体制司Ⅱ 國務院企業管理指導委員会弁公室（編）・中国企業改革一〇年（改革出版社・一九九〇年）四三六頁、馬俊駒「中国の国有企業の株式制改造と株式会社」政法論壇一九九四年一、二、三、四頁参照。

（84） たとえば、一九九二年二月に行われた株式制企業試行活動座談会の報告としてまとめられ、國務院により全国に通達された「株式制企業試行活動座談会についての報告」が株式制企業の種類として取り上げた四種類の株式制企業には企業内部の従業員持株制による株式制企業が含まれている。また、同年五月に国家経済体制改革委員会など多くの部門の連名で公布された「株式制企業試行弁法」は、さらに従業員持株制については、①株式の公開発行を行っていない株式制企業における従業員持株につき、記名式株主権証明書（原語は「記名股權証」）を発行すべきであり、株券を発行してはならないこと、②かような株主権証明書の発行は当該株式制企業内部に限って行われること、③当該株式制企業が公開発行の会社に組織変更される場合は、従業員の所有する株主権証明書は株券に転換され、しかも規定の定めるところに従って取引されるべきことなどを明確に定めている。

（85） 統一会社法の、従業員が労働組合を組織し労働組合活動に参加する権利に関する規定について、その労働組合を従業員代表大会の常置機関として位置付けている見解もある（白国棟・前掲／注14／六〇頁）が、かような位置付けは適当であると

は言えない。ただし、労働組合でなく労働組合委員会(原語「工会委員会」)が、従業員代表大会の常置機関でなく事務局(原語「工作機構」)として位置付けられているのは全人民所有制工業企業法においてであり(同企業法五一条二項等参照)、会社法規には、原則として従業員代表大会の設置の関する積極的な規定もなければ、会社の労働組合の位置付けに関する規定も設けられておらず、労働組合法にも上記の見解を裏づけるような規定が見られないからである。

(86) これらの規定については、従業員の情報参加のほか、従業員全員からなる集団としての会社利益への参加も認められていると解している説がある。これについて、白国棟・前掲(注14)六〇頁以下。

(87) 会社の監査機関たる監査役会への従業員参加が法定された趣旨については、それは、会社財産の所有に対する私的要素の容認に対応するためであるほか、従業員の立場からする経営者への効果的監督機能に期待したものであろうと解されている。これについて、白国棟・前掲六一頁。

(88) 統一会社法も、その草案の段階においては、三分の一以上二分の一以下という比率を定めていたと言われる。

(89) 白国棟・前掲(注14)六一頁。

(90) 李建中ほか・前掲(注41)二〇五頁・二〇七頁。

(91) 統一会社法における監査役の任期に関する規定について、監査役の任期は取締役と同様に一回の任期につき三年を超えてはならないと解する見解もある(白国棟・前掲(注14)六一頁)が、これによれば、統一会社法における監査役の任期の規定は、監査役の確定任期を定めたものではなく、その最長任期を定めたものになると受け止められてしまうおそれがある。

(92) なお、党の幹部および国家公務員の企業・会社の役員の兼任問題は、一九八〇年代後半の企業改革、会社制度の導入の実践過程における最大の問題の一つとして取り上げられ、厳しく批判されたほか、一九八〇年代の後半会社の整理整頓を行うために制定された多くの行政規定、たとえば一九八八年二月に公布された「中国共産党中央委員会・国務院の会社の整理整頓に関する決定」、一九八九年八月に公布された「中国共産党中央委員会・国務院の、会社をさらに整理整頓することに関する決定」や、党・政府と企業・会社との分離を図るために制定された多くの行政規定は、党の幹部および国家公務員の企業・会社の役員兼任を厳しく禁止している。この問題については、以上の規定のほか、一九八四年二月に制定された「党・政府の機関およびその職員の商売・企業設立の禁止に関する国共産党中央委員会・国務院の決定」、一九八六年二月に制定された「党・政府の機関およびその職員の商売・企業設の行為をさらに抑制することに関する中国共産党中央委員会・国務

院の決定」など参照。

(93) これらの規定からすれば、従業員以外の監査役は、株主総会において株主中から選任されることになる。統一会社法も、その草案の段階においては、同様な規定を定めていたにもかかわらず、最後にこのような規定を排除したといわれる(白国棟・前掲[△]注14[▽]六一頁)が、統一会社法の当該規定を見ると、監査役会は、株主の代表と適当な比率の従業員代表によって構成されると定め(会社法一二四条二項)、株主総会の権限事項として、「株主の代表による監査役の選任・解任」を上げている(会社法一〇三条三号)。もとより、ここに言う「株主の代表」とは、株主の利益を代表して監査を行う監査役(株主である必要はない)を指すのか、それとも株主総会において株主中から選任される監査役を指すのか、かならずしも明確ではないが、いずれかと言えば、後者すなわち株主中から選任される監査役を指していると思われる。

(94) 同条例は、中国の会社法規のうち、取締役の選任に関する累積投票の規定を準用する形で監査役の選任についても累積投票を認めた唯一の会社法規である(同条例一一五条二項前段・九九条)。

(95) 統一会社法における監査役の選任・解任に関する株主総会の決議は、取締役の選任・解任と同様に総会に出席した株主の「過半数」をもってなすという普通決議によると解されている(白国棟・前掲[△]注14[▽]六一頁)が、これは、統一会社法における株主総会の普通決議(出席株主の「過半数」ではなく、出席株主の有する議決権の「半数以上」である)に対する一種の誤解にすぎない。

(96) 監査役の報酬に関する商法上の規定の変遷については、北沢・前掲(注1)四六二頁以下参照。

(97) 取締役と監査役の報酬の額およびその支払いの方法が含まれていない。これらの法のもとでの株主総会の実際の運営においては、取締役と監査役の報酬に関する事項もその選任決議において定められると思われるが、明文の規定を設けなかったのは立法上に残された問題の一つと言わざるをえないであろう。

(98) 北沢・前掲(注1)四五五頁。

(99) 商法における監査役の職務権限に関する規定の変遷については、竹内昭夫・新版注釈会社法(六)四四〇頁以下参照。

(100) 竹内・上掲四四二頁参照。また、商法が取締役の「業務執行」という言葉を避けて、「職務の執行」を用いたのは、「職務の執行」には、企業経営に関する日常の業務だけでなく、たとえば新株発行のような会社の組織に関する事項を含めて、取締役が職務上行うすべての行為が含まれる趣旨を明らかにするためであると解する見解がある。これについて、田中(誠)・

前掲(注1)七二二頁、味村治「株式会社監査制度改正要綱案の解説」商事法務六二六号四頁。

- (101) これについては、李建中ほか・前掲(注41)二〇四頁以下、鄒瑜(主編)・中華人民共和国法律注釈全書——民商法卷(法律出版社・一九九五年)四八三頁以下、石少侠・前掲(注71)二四五頁以下、馬思濤Ⅱ苑立強Ⅱ徐印州(主編)・中華人民共和国会社法釈義(企業管理出版社・一九九四年)九九頁・一〇一頁以下、卞耀武(主編)・中華人民共和国会社法百問解答(人民日報出版社・一九九四年)一三九頁以下参照。

- (102) 昭和五六年改正前の商法では、監査役の監査、とりわけ監査役の報告請求を受ける対象は取締役に限られていたが、当時では、監査役の請求に応じて取締役が使用人に指示して監査役に報告させることができたほか、監査役が取締役に対して特定部門を担当している使用人から十分情報を取った上で報告することを要求することもできた。しかし、それでも監査役が直接使用人に対して報告を求めることができなかったため、それができるほうがよいと判断された結果、昭和五六年の商法改正が、取締役のほか「支配人その他の使用人」を加えて、その対象を拡大したのであると言われている。これについて、竹内・前掲(注100)四四八頁。

- (103) それのみならず、現実における親会社の子会社に対する架空の売上を計上することによって粉飾決算を行うことなどに見られる親子支配権の行使による違法行為を防止するために、商法は、親会社の監査役は職務上の必要があるとき、その子会社に対しても営業の報告を求めるほか、その子会社が遅滞なく報告しないときや、報告の真否を確かめるために必要があるとき、報告を求めた事項に関して子会社の業務財産の状況調査権を認めたと言われる。これについて、本間Ⅱ古瀬(注22)二四三頁以下参照。

- (104) かような監査役の差止請求があったにもかかわらず、取締役がその違法行為を止めないときは、当然に監査役は、差止の訴えを提起し、または仮処分を申請することになるであろう(商法二七五頁ノ二第二項参照)。

- (105) また、この規定から、会社が取締役に対して訴えを提起するか否かの決定権は監査役にあると解しうるほか、商法は、監査役は株主が書面をもって取締役の責任を追及する訴えの提起を請求するとき、この請求を受ける会社の代表になると定めている(商法二七五条ノ四後段)。

- (106) 北沢・前掲(注1)三七三頁・四六七頁。

- (107) 白国棟・前掲(注14)六四頁。
- (108) 上掲六二頁。
- (109) 海南株式条例は、同時に取締役会および經理に対して關係事項に関する報告を請求する権限を認めている(同条例一二七条三号後段)。
- (110) 海南株式条例や一九九二年に制定された他の法規は同様な権限を定めていない。
- (111) 白国棟・前掲(注14)六二頁。
- (112) 統一会社法も、その草案においては同様な権限を定めていたとされている。これについて、白国棟・前掲(注14)六二頁。
- (113) 上掲六四頁。
- (114) というのは、監査役会は、いかなる権限が認められても、会社の経営に關与する権限を持たないと同時に、原則として、会社の代表権をも持たないものであると強調されているからである。これについて、卞耀武・前掲(注102)一三九頁以下、江平・前掲(注65)一七六頁以下参照。
- (115) 卞耀武・前掲一三九頁。
- (116) 白国棟・前掲(注14)六二頁以下参照。
- (117) 上掲六三頁。
- (118) 李建中ほか・前掲(注41)二〇六頁。
- (119) 監査役の違法行為差止権の行使要件などについては、鴻常夫・新版注釈会社法(六)四六三頁以下参照。
- (120) 白国棟・前掲(注14)六三頁。
- (121) 日本の商法においては、昭和二五年改正までは、監査役の臨時總會招集権が認められていたが、同改正により、取締役会が導入されたのに伴い、監査役の總會招集権は、その取締役会社間の取引の承認権、取締役会社間の訴訟代表権とともに否定されてしまった。そのうち、取締役会社間の取引の承認権は同改正により取締役会に移され、取締役会社間の訴訟代表権は昭和四九年の商法改正により、商法特例法上の小会社以外の会社について監査役の権限として復活したが、總會招集権はその後も復活することなく、今日に至っている。しかし、昭和四九年の商法改正は、監査役が取締役の違法行為の差止めの訴えを提起し、そのための仮処分を請求しうることまでが保障される監査役の違法行為差止権を認めたから、監査役の總會

招集権を復活させる実益はあまりないであろう。

(122) 白国棟・前掲(注14)六四頁。

(123) 李建中ほか・前掲(注41)二〇六頁。

(124) 本間・古瀬・前掲(注22)二四六頁。

(125) 北沢・前掲(注1)五四〇頁。

(126) この監査役会の報告実例について、李建中ほか・前掲(注41)二〇六頁以下参照。

(127) これは、大陸法上の委任関係に基づく注意義務と英米法上の信任関係に基づく忠実義務の双方を合わせて定めたものであると解する説もある。これについて、酒巻・前掲(注38)一〇頁、白国棟・前掲(注14)六五頁。

(128) 言うまでもなく、中国においては、日本の民法に定められているような委任関係の法制度がまだ整備されていないのと同様に、英米法上の信任関係に関する法理論もそれに基づく法制度も整備されていない。また、中国は大陸法上の委任関係と英米法上の信任関係のいずれを採択すべきかについて、大陸法的体系に属する中国は委任関係を取るべきであると主張する説もある。これについて、王保樹「株式会社の取締役と取締役会」外国法訳評一九九四年一号五頁。

(129) 白国棟・前掲(注14)六五頁参照。

(130) これに対し、同じく一九九二年に制定された深圳株式規定および株式規範と一九九三年に制定された広東条例が監査役の責任について何らの規定も設けなかったのは問題であると言わざるをえないであろう。

(131) 条文には「法律・法規」となっているため、いかなる法律・法規を指しているかは、問題になりかねない。

(132) 白国棟・前掲(注14)六六頁。

(133) 一部の研究は、海南株式条例が取締役の重過失による第三者に対する損害賠償の責任を定めている(同条例一〇六条)ことを例に、統一会社法も同旨の規定を設けてさらに監査役の故意・重過失による第三者に対する損害賠償の責任を定めるべきであると主張している。これについて、白国棟・前掲六六頁。

(134) 大会社における監査役による会計監査と会計監査人による会計監査の重複を株式会社における監査制度上の問題の一つとして指摘したうえ、比較法的にみても、職業会計者たる会計監査人による会計監査は、会社法上、社会的監査制度として登場し位置付けられている意味から、監査役監査は、業務監査の比重を強め、より明確に職能の分化を図るべきであると強調

する説がある。これについて、酒巻・前掲(注10)三頁。また、大会社の会計監査の点について両者の職務・権限の関係が問題になるが、商法特例法は、商法二八一条一項の書類の会計に関する監査についてその間の無意味な重複を避けるため、第一次的には会計監査人が行い、その監査報告書を監査役会に提出し(同法一三条一項)、監査役会は、その会計監査人の監査を前提として会計監査人の監査の方法または結果についての各監査役の報告に基づき、会計監査人の監査の方法または結果を相当でないと認めた場合のみ、その旨および理由ならびに監査役の監査の方法の概要または結果を監査報告書に記載する(同法一四一条一項・三項一号)、という構造をとっていると解説する説もある。これについて、前田庸・前掲(注32)四一六頁以下。なお、監査役会の監査報告書が会計監査の点で簡略化されている趣旨については、それは、会計監査に関する限り、職業人としての会計監査人の監査を信頼しうるからであると言われている。これについて、北沢・前掲(注1)五四七頁。

(135) ただし、統一会社法には、会計書類の政府関係部門への送付に関する規定が置かれていないが、後述する「株式制試行企業会計制度」には、かような規定が置かれており、統一会社上の会社も同制度の適用を受けるため、会計書類の政府関係部門への送付は当然要求されるはずである。

(136) 白国棟・前掲(注14)六八頁。これに対し、会社法規において要求されている会計書類の政府関係部門への送付は、会社を取り巻く取引の安全および社会経済の秩序を維持し、社会公衆の利益を保護し、会社に対する社会的監督を強化するために要請される会社の計算書類の公示制度の一環をなすものにすぎないと解する見解もある。これについて、石少侠・前掲(注71)二八〇頁以下。

(137) しかし、このように定めたのは一九九三年末の同法改正によるものである。同改正までの会計法は、その適用範囲について「国営企業・事業組織、国家機関、社会団体、軍隊の会計事務について本法を遵守しなければならない」と定めていた(旧会計法二条)ため、企業について言えば、その適用は、国有企業に限定されていたが、同改正によりすべて企業に拡大された。

(138) 同規定も一九九三年末の改正によって改められたものであり、同改正までの会計法は、条件の整っていない企業についてこのような特別の規定を設けていなかった。かような変化については、同改正により会計法がすべての企業に適用されるようになり、これにより民間企業の会計職員も会計監督について責任を負うことになったが、このような民間企業の会計職員の会計監督責任を軽減するために、公認会計士法などの適用により公認会計士または会計事務所を会計担当者とする途が開

かれたと主張する見解がある。これについて、董力為¹¹長谷川哲嘉「中国における会計規制の改革」企業会計一九九五年四月九二頁・九四頁以下。しかし、同法に言う「条件の整っていない企業」とは、国有企業と異なる民間企業を指すのかあるいは小規模企業を指すのか、それともその双方を指すのかならずしも明確ではない。

- (139) しかし、改正前の会計法は、会計機構および会計職員は、国の統一的財政・財務制度に違反すると認めた収支を企業の責任者が固執するときは、これを執行するが、同時に、上級主管部門に書面で報告し処理を求めるとともに、会計検査機関に報告しなければならず、上級主管部門は、この報告を受けた日から一カ月以内に処理の決定をしなければならないと定めていた(旧会計法一九条二項)。比較すれば、改正会計法は、不法事項に対する企業の経営者の責任を強化しているのが特徴であろう。また、改正会計法は、違法収支の差止めと是正を行わず、かつ企業の責任者に対して書面による意見を提出しなかった会計機構および会計職員は、それなりの責任を負わなければならないと定めている(改正会計法一九条三項)のに対し、旧会計法は、上級主管部門および会計検査機関に対してその報告義務を履行しなかった会計機構および会計職員は、それなりの責任を負わなければならないと定めていた(旧会計法一九条二項後段)。

- (140) ここに言う会計書類は日本法における計算書類およびその附属明細書に該当するものであるが、同会計法には、明文の規定が設けられていない。後に制定された関連会計法規は、まず「会計報告書」という統一的概念を用い、その内容は、会計書類と財務状況説明書から構成され、そのうちの会計書類には、貸借対照表、損益計算書、財務状況変動表利益処分計算書および関連附属明細書が含まれると明確に定めている(外投資会計制度七一条、企業会計制度七〇条二項・七一条・七四条一項参照)。

- (141) 企業内部の会計機構および会計職員による会計監督制の問題点として、これは国有企業について言えば、日本の会計検査院の仕事も兼ねているようなものであるが、非国有企業の会計機構および会計職員にまで会計監督の責任を負わせることは、いかに不法事項に対する経営責任者の責任の強化によりその責任が軽減されたにしても、基本的に会計担当者が監査人を兼ねるという二重身分の問題、すなわち会計と監査の未分化の問題は残ると指摘されている。これについて、董力為ほか・前掲(注139)九四頁以下。

- (142) ただし、一九九三年末の改正までの会計法は、その適用範囲を国有企業に限定していたため、厳密に言えば、その他の企業には会計法が適用されないであろう。しかし、同改正により、すべての企業に適用されるようにその適用範囲が拡大され

たことから、同改正までのその他の企業についてもその適用が試みられていたのではないかと思われる。

- (143) 郭振乾「中華人民共和國會計検査法（草案）」に関する説明」中華人民共和國全国人民代表大会常務委員会公報一九九四年第六号二九頁以下。

- (144) 會計検査条例は、法律責任の章において會計検査員の守秘義務および職務執行権の保障を定めている（同条例三四条五号・三五条四号）ものの、會計検査員の資格などに関する規定を設けていない。

- (145) 會計検査条例は、国有金融機構、国有企業および事業組織は、その財務収支について會計検査機関による會計検査を受けなければならないと定めていたのみならず（同条例二条）、かような會計検査を受ける企業には、国有財産による投資を受けている中外合併企業、中外合作企業、国内連合企業およびその他の企業も含まれると定めていた（同条例一二条五号）。

- (146) 一九八五年の會計検査暫定規定と一九八八年の會計検査条例は、いずれも法令に違反する被會計検査単位に対する銀行からの貸付停止決定権を認めていた（會計検査暫定規定七条四号、會計検査条例一六条一項五号）ほか、會計検査暫定規定は、被會計検査単位の関連会議への出席権まで認めていた（同規定七条二号）。

- (147) かかる通知の記載事項について、會計検査法は明文の規定を設けていないが、同法制定前の一九九三年四月に公布された「會計検査業務執行手続に関する若干の規定」は、かかる通知には①會計検査の範囲・内容・期間および方式、②會計検査組長およびその他の検査員名簿、③被會計検査単位に対する要求などが含まなければならないと定めている（同規定三条二項）。

- (148) また、同法は、會計検査グループの會計検査報告書に対する被検査単位の意見聴取について、同単位が同報告書を受け取った日から一〇日以内にその意見書をまとめて同グループまたは會計検査機関に送付すること（同法三九条後段）、會計検査機関がその法定職権の範囲外の処罰すべき行為に関してはそれに対する処理および処罰の意見を関係主管部門に提出すること（同法四〇条後段）などを定めているが、被検査単位が會計検査機関の評価および決定に不服のあるときの措置に関する規定を設けていない。これに対し會計検査暫定規定（一九八五年）と會計検査条例（一九八八年）は、いずれも被検査単位は會計検査機関の評価および決定に不服のあるときは、會計検査意見書および決定を受け取った日から一五日内に上級の會計検査機関に対して再検査を請求し、かかる請求を受けた上級の會計検査機関は、その受け取った日から三〇日以内に再検査を行い、再検査の結論および決定を行わなければならないと定めていた（同暫定規定九条二項、同条例二三条一項）。さらに

一九九三年の「会計検査業務執行手続に関する若干の規定」は、被検査単位はこの上級会計検査機関の再検査の結論および決定にも不服のあるときは、裁判所に対して訴えを提起することができると定めている(同規定一六条後段)。

- (149) ある株式制企業調査グループが一九九三年一月から一九九四年五月にかけて株式会社三七一社に対して行った調査によれば、株式会社の各種の株式のうち、国家株が全体の三三・八%、法人株がその四五・二%、個人株が一九・四%、外資株が一・六%をそれぞれ占めているが、国家株と法人株(その大半は国有企業法人株)を合わせると、全体の七九・〇%を占めているという。これについて、中国企業家調査グループ調査報告「中国株式制企業の発展に関する調査および分析」管理世界(北京)一九九四年四号一四一頁以下。

- (150) 一九八五年一月に国家会計検査院から「内部会計検査業務に関する若干の規定」が公布されたが、同規定は、この一九八九年の規定により廃止された(八九年規定二〇条)。

- (151) なお、同条例は広東会社条例により廃止され(広東会社条例一七二条)、かつ広東会社条例には、会社内部の会計検査士の設置などに関する規定を一切設けていないため、広東会社条例の適用を受ける外資系企業は、会計検査士を設置しなくてもよいと言えよう。

- (152) 同管理規定は、会計報告書という統一的概念を用いておらず、会計書類に関する規定については、上記の一九八五年の中外合併企業会計制度の影響をそのまま受け、会計諸表とか会計勘定・帳簿などの用語を用いている。

- (153) 白国棟・前掲(注14)五八頁。なお、同氏は、統一会社法における「法に基づく審査および検証」とは、どのような法に基づき、どのような機関におこなわれるものかきわめて不明確であるのみならず、この「審査および検証」は、その他の法規に使われている「検証」にあたり、公認会計士による会計監査のみを指しているのか、それとも公認会計士の会計監査のほかに政府の関係部門による会計監査も含まれているのかも不明確であり、いずれかという、政府の行政機関による会計審査をも含めたものであろうと解している。しかし、一九九二年五月に公布され、すべての株式会社にも適用される株式制企業会計制度は、企業は、国家の関係規定に基づき公認会計士を招聘し企業の会計報告書および会計帳簿を監査・検証させ、かつその監査・検証報告書を発行させなければならないと定め(同制度七五条)、条文には「監査」(原語は「査帳」と「検証」)の二つの用語が用いられており、また、公認会計士法は、公認会計士の業務の一つとして企業の会計書類を審査し、会計監査報告書を提出すると定めている(同法一四一条一項一号)ため、統一会社法における「審査」も「検証」もともに公

認会計士による会計監査を指していると解すべきであろう。また、前述したように、この時点において要求されている会社の会計書類の政府関係部門への送付は政府の行政機関による会計監査よりはむしろ会社の経理・会計開示制度の強化の一環として強制されているものと見るべきであろう。

(154) 上掲(注153)参照。

(155) この問題については、統一会社法には、日本の商法特例法上の会計監査人という名称およびその任期などに関する規定が見られないほか、会社は、期末にそのつど会計事務所との契約によって公認会計士による会計監査を受け、かつその監査報告書を提出すれば足りるため、中国法における公認会計士による会計監査制度は日本の商法特例法上の会計監査人制度と異なり、むしろ証券取引法上の会計監査人制度に近いものであると強調する説がある。これについて、白国棟・前掲(注14)五八頁。しかし、前述したように、統一会社法以外の会社法規においては、公認会計士による会計監査が強制されているほか、公認会計士による会計監査を明文の規定をもって定めなかった統一会社法にしても、その特別法規にあたる株式制試行企業会計制度は、公認会計士による会計監査を明確に定めており、また、後述するように、一九九二年九月にもっぱら有有限会社と株式会社の公認会計士による会計監査制度を定め、統一会社法の特別規定にあたる「公認会計士による株式制試行企業の関係業務の執行に関する暫定規定」も、株式会社の公認会計士による会計監査制度について詳細な規定を設けている。したがって、会社について言えば、中国法における公認会計士による会計監査制度は、いずれかというと、基本的には日本の商法特例法上の会計監査人制度に類似するものであって、会社法と異なり一般の投資者の利益保護を図ることを主要目的とする証券取引法上の会計監査人制度と異なるものであると解すべきであろう。

(156) 大隅Ⅱ今井・前掲(注22)三三五頁、前田庸・前掲(注32)四〇七頁。

(157) 大隅Ⅱ今井・上掲三三五頁。

(158) なお、同法は、公認会計士全国統一試験に参加して合格し、かつ会計監査業務に一年以上従事した者は省、自治区、直轄市(日本の都道府県にあたる)の公認会計士協会に対して登録を申請することができ、同協会は登録を認めた申請者に対して国家の財政部が統一的に定める公認会計士証書を発給すること(同法一二条)、公認会計士協会は、登録を許可した者の名簿を國務院の財政部門に届け出なければならず、同財政部門は、当該登録が同法の規定に適合しないことを発見した場合は、関係する公認会計協会に対して当該登録の取消しを命ずることができること(同法一条)などを定めている。

(159) 会計士事務所とは、法に基づいて設立され、かつ公認会計士業務を引き受ける機構であり、公認会計士が業務を執行する場合は、会計士事務所に加わらなければならないと定められている(公認会計士法三条)。

(160) 民事訴訟法四五条には、裁判官、書記官、通訳、鑑定人および検証人の回避事由として、①事件の当事者または当事者もしくは訴訟代理人の近親者、②事件と利害関係を有する者、③事件当事者と前二号以外の関係を有し、事件の公正な審理に影響を及ぼすおそれのある場合が定められているが、これらの事由を公認会計士などの会計監査業務執行者に当てはめると、①会計監査対象たる会社決算当事者または当事者の近親者、②委託会社と利害関係を有する者、③上記の関係以外に委託会社の公正な会計監査業務の執行影響を及ぼすおそれのある関係を有する場合となるであろう。

(161) 前田庸・前掲(注32)四一三頁、大隅 今井・前掲(注22)三三七頁。

(162) 白国棟・前掲(注14)五九頁。

(163) ただし、同規定は、「株式会社の中の特定募集会社」という概念を用いており、実は、これは株式規範上の概念であり、発起設立による会社と株式の一部を特定の法人または会社内部の従業員に発行する方法によって設立される会社を合わせて「特定募集会社」と呼んでいる(株式規範七条三項・四項参照)が、一九九三年以後に制定された会社法規は、いずれもこの概念を廃止し、株式会社について日本法と同様に、発起設立会社と募集設立会社の二種類のみを定めている。したがって、統一会社法の規定からすれば、いわゆる「特定募集会社」は、上場会社以外の株式会社を指していると言い換えることができる。

(164) 同条例は、一九八六年七月に国務院から公布されたものであるが、一九九三年一〇月に公布された公認会計士法によって廃止された(公認会計士法四六条後段)。

(165) 会計士事務所の組織形態については、公認会計士法は、公認会計士による組合組織と有限責任を負う法人組織の二形態を認め、後者について、①三〇万元以上(現在の交換レートでは約四〇〇万円にあたる)の設立資本金、②一定数の専業職員を有しそのうち五名以上の公認会計士を有すること、③国家財政部が定める業務範囲その他の条件、の設立の要件を定めているほか、有限責任を負う会計士事務所はその全財産でその債務に対する責任を負うものと定めている(同法二三条一項・二四条)。

(166) 同旨の主張について、白国棟・前掲(注14)五九頁参照。

(167) 白国棟・上掲五八頁以下。

(168) なお、同法により廃止された公認会計士条例は、かかる報告書につき当該公認会計士が署名し、その所属の会計士事務所
が捺印しなければならないと定めていた(同条例二四条一項後段)。

(169) 同規則は、一九八八年十二月に公布されたものであり、一九九二年の「公認会計士による業務執行に関する暫定規定」に
は、公認会計士の遵守すべき規則の一つとして挙げられている(同暫定規定九条一項一号)。

(170) 統一会社法は、監査報告書に虚偽の記載をしたりまたは過失により重大な漏れのある記載をした公認会計士に対する罰則
を定めただけで、日本法のような会社および第三者に対する損害賠償の責任について何らの規定も設けていないため、かよ
うな状況の早急な改善が必要であると言われている。これについて、白国棟・前掲(注14)五九頁。しかし、統一会社法には、
確かに公認会計士の責任に関する規定が置かれていないので、改善するための法整備が必要であることは言うまでもないが、
統一会社法の要請に従って会社の会計監査を担当する公認会計士は、当然のことながら、公認会計士法の適用を受け、また
有限会社と株式会社の公認会計士による会計監査業務の特別規定として制定された公認会計士による株式制試行企業の関係
業務の執行に関する暫定規定の適用も受けなければならないことになるため、中国の会社法制度にも、一応公認会計士の会
社に対する損害賠償の責任に関する規定が置かれていることになり、拡張解釈をすれば、公認会計士の第三者に対する損害
賠償の責任も定められていると解しうるのではないかと思われる。

(171) 現在の中国の株式会社には、ほとんど国有財産による投資が入っている。すなわち現在の株式会社はほとんど従来の国有
企業から改組され、または国有企業が発起人になって設立されたものである。

結 語

本論文において中国の改革開放以来の会社立法の展開を分析し、その立法過程において制定された多くの会社法規における株式会社の機関制度に関する中日比較法的研究を行ってきたが、その内容を要約し結論をまとめれば、以下のとおりである。

(イ) 中国は、一九七八年一二月に開催された中国共産党の第一期三中総会を契機に、それまで作り上げられてきた社会主義の諸制度を大きく修正するために改革開放の時代に突入した。それから一〇数年経った一九九三年一二月に、つい中国初の統一会社法が公布された。

この統一会社法は、以下のような企業体制の改革およびそれに関する法制度の整備の実践過程を経て誕生したものであり、その特徴などを正確に把握するためには、かような改革および立法の過程を概観することがきわめて重要であると思われる。

(a) 改革開放政策の実施のうち、経済体制改革において始終その中心的な課題として取り上げられきたのは、国有企業をめぐる改革である。かかる改革においては、当初の国有企業の自主権の拡大から、国有企業における国家の所有権と企業の経営権を分離し、ひいては国家の行政機関と企業の分離を実現するための改革が行われ、いわゆる社会主義市場経済体制の確立が明確にされるまで、その主要な方法として、国有企業の法人格の明確化、その経営権を代表する工場長責任制の確立、国有企業の請負経営制およびリース経営制の実施などが試みられた。他方、かような改革に合わせて国有企業に関する法制度の整備にも力が注がれ、一九八〇年代初期に國務院から、国营企業工場長活動暫定条例、国营工業企業従業員代表大会暫定条例、国营工業企業における共産党基礎組織活動暫定条例および国营工業企業暫定条例などが文字どおり暫定的な措置として公布されたが、国有企業の基本的法制度が完成されたのは、

一九八八年四月に中国の立法機関たる全国人民代表大会において採択された国有企業法と、その特別法規にあたるものとして、一九八六年に國務院から公布された国有企業工場長条例、国有企業従業員代表大会条例および国有企業における黨組織活動条例の、いわゆる「三条例」のほか、一九八八年に國務院から公布された国有企業請負經營責任制暫定条例と国有企業リース經營暫定条例や、一九九二年七月に國務院から公布された国有企業經營メカニズム轉換条例などにおいてである。

(b) 改革開放政策の実施と同時に、中国は、外国資本を導入するため、外資系企業制度の確立に着手し、一九七九年七月に中外合弁企業法（同法は一九九〇年四月に一度改正された）を、一九八六年四月に全額外国資本による企業を規制するための外資企業法を、そして一九八八年四月に中外合作企業法をそれぞれ公布し実施したほか、これらの基本法の実施に関する条例および規則を数多く制定した。かような外資系企業の立法における主要な内容およびかかる立法から得た経験がその後の一般の会社立法に対して及ぼした影響はきわめて注目されるところである。

(c) また、中国は、個別企業体制の改革を実施すると同時に、企業間の協業・連係関係を強化するためにいわゆる專業会社と連合会社の設立・運営を促進し、後に企業集團の創立を進めるための改革を行ってきた。実は、改革開放以来、会社とは何か、企業連合体としての專業会社・連合会社および企業集團の法的性質をいかに把握すべきか、專業会社・連合会社などの企業連合体に法人格を付与すべきかどうかの、いずれも会社法制度の確立にとって最も重要な問題に関する議論は、個別企業体制の改革よりもむしろこの專業会社・連合会社および企業集團の設立・運営をめぐる改革の過程において盛んに行われたのである。たとえば、当時、会社とは何かという会社概念について盛んに議論され、様々な見解があったが、いずれの議論も、会社とは一種の企業法人であり、独立採算、損益自己負担などの営利性を有する経済実体であり、複数の経済組織の結合による一種の経済連合体であると考えられている。これは会

社概念に対する定義としてかならずしも十分であるとは言えないものの、一般に会社とは営利・社団・法人であるとされる日本法上の会社概念に相当近づいていると言えよう。したがって、この專業会社・連合会社および企業集団に関する法整備はそれほど大きな実績を上げることができなかったとしても、その改革の過程において生じた諸問題および上述のような議論は、中国会社法の早急なる制定・公布を促した最も重要な要因の一つであることを看過してはならない。

(d) 国有企業における所有権と経営権の分離、ひいては行政機関と企業の分離を実現し、企業の活性化を図るために、上述のような様々な改革の試みが行われるなかで、最終的に株式制の導入、とりわけ有限会社と株式会社を企業形態とするいわゆる現代企業制度の確立が最も有効的な手段であると認められるようになった。そのための実践活動は、一九八〇年代の半ば頃から一部の地方において行われ、一九八九年の天安門事件の影響により一時的に後退したものの、一九九二年に社会主義市場経済システムを確立する方針が明らかにされたことを契機に全面的に行われるようになった。この会社制度の導入をめぐる法制度の整備も、以下のように展開された。一九八〇年代末期に、会社の設立・運営などの会社組織を規制すると同時に、主として国有企業や集団所有制企業などの既存企業の会社への組織変更を規制するための会社立法として一九八六年に深圳国有企業株式化暫定規定、上海株式弁法、沈陽集団所有制企業株式制規定、四川卿鎮企業株式制意見がそれぞれ公布されたほか、一九八八年に福建株式規定が公布された。本格的な会社立法は、一九九二年に入ってから行われ、深圳株式規定、上海株式規定、海南株式条例などが地方法規として相次いで公布・実施され、また、全国的な行政法規として株式会社規範意見と有限会社規範意見が公布・実施され、一九九三年に深圳株式条例と深圳有限会社条例のほか、広東会社条例が公布・実施され、同年ついに、これらの会社立法の集大成とも言うべき統一会社法が公布・実施された。

以上の内容からも明らかであるように、改革開放以来の企業・会社をめぐる立法はきわめて複雑な展開過程を辿り、様々の立場から数多くの企業・会社関連法規が制定・公布された。ここで最も問題となるのは、これらの企業・会社法規の相互の適用関係であり、法の有効な運用を図るために、とりわけ統一会社法とその他の企業・会社法規との相互の適用関係を明確にする必要があると思われる。^①

第一に、統一会社法と上述の国有企業法は、まったく次元の異なる立法であるため、相互の適用関係の問題は生じないであろう。すなわち、国有企業が会社法にいう会社に組織変更されれば、それが国家単独出資の有限会社であるにせよ、国家の出資が参加している一般の有限会社または株式会社であるにせよ、当然、会社法の適用を受ける会社になるであろう。他方、会社形態を採らない国有企業は、従来どおり国有企業法の適用を受け、会社法と無関係な存在となるであろう。統一会社法と国有企業法との関係におけるこの原則は、当然に、統一会社法と、一九九〇年に鄉村に存在する集団所有制企業を規制するために公布された鄉村集団所有制企業条例および一九九一年に主に都市部に存在する集団所有制企業を規制するために公布された城鎮集団所有制企業条例との関係を処理する原則にもなる。また、一九八八年六月に國務院から、単独出資企業（個人企業）、組合企業（二人以上の自然人の出資による企業）と有限会社の三種類の企業形態を規制する私営企業暫定条例が公布された。同条例において統一会社法との適用問題が生じるのは、同条例上の有限会社の規定との関係においてである。同条例上の有限会社は自然人の出資のみに限られており、また有限会社に関する条文も甚だ少ないほか、同条例自体も暫定的なものであり、國務院が制定した行政法規にすぎないため、上位法たる統一会社法の公布・実施は、当然に同条例上の有限会社に関する規定の廃止を意味し、同条例の規定に従って設立された有限会社は、一定の期間内に統一会社法の定める条件を満たさなければならないであろう（会社法二二九条参照）。

第二に、統一会社法と外資系企業法の適用関係についてであるが、外資系企業法は原則として企業形態について有限会社のみを採用しており、外資系企業が株式会社を設立することを正式に認めたのは統一会社法の公布・実施によってであるため、統一会社法と外資系企業法との適用問題は、厳密に言えば、両者における有限会社について生じるだけである。したがって、統一会社法一八条は、「外国投資による有限会社には本法を適用し、中外合弁企業、中外合作企業および外資企業に関する法律に別段の定めがあるときは、その規定を適用する」と定めて、一般法たる統一会社法と特別法たる外資系企業法との適用関係进行处理するための原則を示した。しかし、ここで問題となるのは、外資系企業が株式会社であれば、統一会社法のみを適用を受けるが、それが有限会社であれば、統一会社法と外資系企業法の双方の適用を受けるため、有限会社が二元化されることである。他方、外資系企業法の最も顕著な特徴の一つは、それが企業組織法であると同時に、外国資本による投資の積極的承認、経営自主権および非国有化の保障、租税面での優遇措置などを織り込んだ投資奨励法でもあるという二重の性質を有していることである。したがって、統一会社法の適用のみを受ける株式会社たる外資系企業は、外資系企業法上の投資奨励法的な優遇措置に関する規定の適用を受けることができるかどうかとも問題の一つであろう。このような有限会社の二元化問題を解決し、外資系企業の企業組織法上の平等を図るために、現行外資系企業法を二分化し、企業組織に関する部分はすべて統一会社法に吸収するように調整し、外資系企業法に含まれている投資奨励法的な部分をまとめて統一した外国人投資法の制定を急ぐべきであろう。

第三に、統一会社法とその他の会社法規の相互の適用関係について以下のような二つのことが考えられる。一つは、統一会社法と一九九二年に国家経済体制改革委員会から公布された株式会社規範意見および有限会社規範意見のいわゆる両規範との関係であるが、これは、上述の統一会社法と外資系企業法の一般法と特別法の関係と異なり、立法機

関による法律たる会社法と行政機関による行政法規たる両規範という適用範囲のみならず、法の効力にも差がある関係であり、また中国憲法に定める、法律は憲法に従い、行政法規は憲法と法律に従うという原則によれば、統一会社法の公布・実施後の両規範は当然に廃止されたことになる。重視すべきは、両規範の適用を受けて設立・運営されている会社がいかなる経過措置によって統一会社法上の会社に変更されるかということである。もう一つは、統一会社法と地方会社法規の関係である。この問題について上位法（統一会社法）が下位法（地方会社法規）を廃止する原則に従ってこれらの地方会社法規を廃止すべきであると主張する見解²⁾のほか、統一会社法公布・実施後は会社を新たに設立する場合はもとより、すでに設立・運営されている既存の会社についても一定の期間内に統一会社法の要件を具備することが要求されているので、その意味で地方法規は統一会社法に対し、補完的役割を営むことになるであろうという見解³⁾も、また、統一会社法の規定を強行規定と任意規定に分け、前者については統一会社の規定が適用されるが、後者については地方法規をもって別段の定めを置くことができるほか、統一会社法にまだ規定されていない事項については地方法規に規定があれば、地方法規はそれを補充することができると論じている見解⁴⁾もある。しかし、現在の中国においては強行法規と任意法規を区別する基準が完全に確立されているとは言えないので、強行規定と任意規定を区別するのはきわめて困難であり、また、中国は単一制国家制度をとり、統一市場体制を実施しているため、会社体制の多元化を避けるべきである。したがって、基本的には上位法が下位法を廃止する原則を採用して、地方法規を廃止すべきであり、地方法規の統一会社法に対するいわゆる補完的または補充的役割の部分については、統一会社法の改正を通じてその部分を統一会社法に吸収すれば足りることであろう。

(四) いずれにせよ、中国の企業改革、とりわけ中国の社会主義経済の主導的な地位にあり中国経済の牽引車でもある国有企業をめぐる改革は、始終、企業体の自主経営権、独立採算制による企業の活性化を強化するところにその目

的が置かれ、改革の主要な内容は企業における所有権と経営権の分離および政府と企業の分離を実現させることであり、その手段として様々な試みが行われたが、最終的に認められたのは有限会社と株式会社の二形態に限る会社制度の導入である。したがって、中国の会社立法においていかなる会社の機関制度が採択されているかは、きわめて重要な意味を持つことであり、しかも最も注目されているところの一つでもある。

このことに関しては、本論文のなかにおいて見てきたように、結論的に言えば、中国の改革開放以来の会社立法、とりわけ一九九二年以後の会社立法において確立された株式会社の機関制度は、基本的には日本法のそれと同様であると言えよう。すなわち、中国会社法は、株式会社における所有者を代表する機関として株主総会、会社の経営を行う機関として取締役会、そして、会社・株主の利益保護の必要性および株主の有限責任原則の要請などから、会社の専属監督機関として監査役会、の設置を義務付けている。そのみならず、これらの機関の位置付けおよび相互の権限関係についても基本的には日本法と同様な立場をとり、株主全員によって構成される株主総会を会社の最高意思決定機関とし、会社の他の機関の構成員の選任・解任権はもとより、会社の経営の基本に係わる事項、たとえば計算書類の審査・承認、定款の変更、資本の増減、会社の合併・分割および解散・清算などの決定権も株主総会の決議事項としている。また、会社の業務執行体制について、取締役の全員によって構成され、会社の業務執行の意思決定および業務執行の機関としての取締役会の設置を義務付け、会社の法定代表者である董事長の選任・解任権と業務執行自体の担当者である經理の選任・解任権、会社の経営計画および投資案の決定権、会社内部の管理機構の設置決定権のほか、株主総会の決議の執行、財務予算・決算案、利益分配および損失補填案、増資・減資案、合併・分割および解散案の作成などを取締役会の権限として定めている。会社の監査機関として、三人以上の監査役によって構成される監査役会の設置を要求し、その権限として会社の財務の監査と取締役会や董事長、經理による業務執行の監督を行う

ものとしている。

い) しかし、改革開放以来の中国の会社立法は、その規制対象である会社制度、ことに有限会社と株式会社の設立・運営の実務経験がそれほど成熟していないという歴史的な制約と、財産の公有制度を中心とする社会主義体制が維持されなければならないという状況のもとに行われたものである。それゆえ中国会社法の全体的な特色については、きわめて独自と見られる制度や、会社の機関構造や相互の権限関係などかならずしも明確でない制度・規定も多く見られると指摘する見解がある^⑤と同時に、中国会社法は、団体理論の上に構築された大陸法系にも、契約理論の上に立つ英米法系にも属さず、強いて言えば世界各国の諸制度と中国独自の特殊歴史的経済的事情を混合させた、システムの構成の上に立つ独自の法系を占めるものであると強調する見解もある^⑥。中国会社法における株式会社の機関制度を日本法と比較するとき、本論文のなかで述べたように、きわめて多くの相違点が見られる。

特に、中国における市場経済体制の将来の確立を展望し、その発展に相応しい会社法制度の完全な整備の必要性を考慮すれば、現行中国会社法上の株式会社の機関制度における以下の諸点は改善すべき重要な課題であり、その解決のために日本法から多くの示唆を受けることができると考える。

(a) 株主総会制度に関しては、上述のように、株主総会が会社の最高意思決定機関とされ、しかもこの位置付けに相応しい権限が与えられている点は評価すべきであろうが、総会の議事運営に関する規定がそれほど整備されているとは言えず、とりわけ、総会は年に一度招集されるのが原則であり、総会において承認または決議される事項の議案作成権が取締役会および経理に専属されていることに加えて、日本法が株主総会の活性化を図るために導入した株主提案制度、書面投票制度、会社役員説明義務制度や、総会議長の権限強化などの措置に関する規定がほとんど設けられていないため、中国法における株主総会の形骸化は、今後の会社法の運用上の問題となると思われる。また、中

国会社法は、株主の共益権として株主の議決権、定款・総会議事録・計算書類の閲覧権、会社の経営に対する提案権および説明請求権と、唯一の少数株主権たる総会招集請求権などを定めた程度であり、日本法に見られるような数多くの株主の監督是正権をほとんど定めていない。これは、中国のいずれの株式会社においても国家株主および法人株主（その大半が国有企業などである）が筆頭株主になっている株主の構成現状からすれば、日本法におけると同様に株主の監督是正権を認めると、会社の経営に対する株主の個別干渉を強化し、「所有権と経営権の分離」原則に反することを考慮した結果であると考えられるが、市場経済の進展に伴い株式の公開と分散が進み、一般株主がかならず増加していくことに加えて、株主総会をより一層活性化させる必要がかならず生じることを考慮すれば、日本法のように、一般株主、とりわけ少数株主の利益の保護制度として株主の監督是正権を拡大するとともに、株主の書面投票制度や会社役員の説明義務などの制度を積極的に取り入れる必要があるであろう。このほか、中国会社法では、新株発行および社債発行の決定が株主総会の決議事項とされているほか、株金全額払込主義がとられているため、中国会社法は、資本調達の機動性に欠けているのであり、市場経済における自由競争原理のもとに、会社が市場の激しい変化に対応するために随時増資できる制度の確立の必要性を重視すれば、日本法における授權資本制度のような制度を導入する必要があることは明らかであろう。

(b) 中国法における会社の業務執行体制に関しては、取締役会の、会社の業務執行に関する意思決定機関としての位置付けは、前述のように明確にされているが、取締役会のかような地位を保障するための権限として董事長や經理の選任・解任権および会社内部の管理機構の設置決定権を除くと、その他は株主総会の決議を要する様々な議案の作成権しか認められていない。日本法における取締役会の専属権限、ことにその下位機関である代表取締役に委ねてはならないとされている重要な財産の処分および譲受け、多額の借財、会社支店その他の重要な組織の設置・変更・

廃止、その他の重要な業務執行のほか、新株および社債の発行決定権などのような重要な権限はほとんど定められていない。取締役会の会社の一法定機関としての独立性を保障し、取締役会の機能を強化することなどによって所有権と経営権の分離を図り、会社の合理的な経営を実現させるために、日本法における取締役会制度を参考に中国法における取締役会の権限をを拡大していく必要がある。

また、中国会社法においては、董事長が会社の法定代表者とされながら、会社代表者に相応しい業務執行権が保障されていないのに対して、經理が實際上会社の業務執行担当者そのものとして位置付けられているにもかかわらず、經理の会社代表権が明確に定められていないのみならず、統一会社法は、經理の会社代表にきわめて消極的な態度を取っている。それに加えて、会社代表権の包括的かつ不可制限的性格に関する規定もなければ、日本法における表見代表取締役制度のような制度に関する規定も設けられていないため、会社代表者問題は、中国会社法における最大の問題の一つとしてしばしば指摘されている。言うまでもなく、この問題の根本的な解決は、取引の安全、とりわけ善意の第三者の保護を中心的に考え、董事長兼会社法定代表者のような「会社代表法定単一制」を廃止し、日本法のように、会社がその規模に応じて代表者の数を自主的に決めることができ、複数の会社代表者を置くことが可能であるようにするとともに、会社代表権の包括性および不可制限性を明文の規定をもって定め、表見代表制度を導入することに求めるしかないであろう。

中国会社法上の業務執行体制におけるもう一つの問題は、統一会社法を例に見ると、法は、取締役などの会社役員に対して「会社の定款を遵守し、忠実にその職務を遂行し、会社の利益を保護しなければならない」という一般的義務のほか、取締役などの個別的地位および権限を利用して自己のために個人的利得を図ってはならない」という一般的義務のほか、取締役などの個別的地位としてその地位の利用による賄賂その他の不法収入の收受・会社財産の侵害・会社資金の流用の禁止、競業

取引および自己取引の禁止、守秘義務を定めているが、取締役などの会社役員と会社との関係について何らの規定も設けていないことである。取締役などの義務および責任に対する合理的な解釈を可能にし、会社役員義務・責任制度を運用しやすいものにするために、大陸法における委任関係と英米法における信任関係に関する法制度を参考に会社役員と会社との法的関係を明確にする必要があると思われる。

(c) 中国の改革開放以来の会社立法、とりわけ一九九二年以後の会社立法は、大規模な企業形態向けの株式会社の機関として株主総会、取締役会のほか、監査役会が設置されるのが通常であるという一般的な認識に加えて、従業員の会社経営参加を実現させ、経営権が拡大されつつある会社の経営陣に対する強力な組織監査を可能にする必要があるという認識に立ち、監査役会を株式会社法定機関として定めている。しかも、監査役会の基本的な職権について会社会計の監査と業務執行の監督を行うものとしている。したがって、統一会社法の規定を例に見ると、監査役会は、三人以上の構成員で、株主の代表および妥当な比率の従業員の代表によって構成されなければならないとされ、具体的権限として、会社財務検査権、取締役・經理の法令または定款違反行為に対する監督権、取締役・經理の行為が会社の利益を損なう場合は是正請求権、株主総会の招集請求権、各監査役の取締役会への出席権および定款に定めるその他の権限が定められている。その他の地方会社法規などでは、以上の権限のほかに、さらに取締役・經理に対する業務状況報告請求権、取締役・經理と会社間の交渉または訴訟における会社代表権などが認められている。総じて言えば、中国会社法における監査役会は、取締役会と同列の機関として位置付けられているのみならず、上述の権限を行使する主体とされ、完全な合議制の機関とされている。しかし、合議制の機関にとって最も重要である議事運営に関する規定がほとんど設けられておらず、従業員の経営参加を実現させた以上、その効果を評価する際の決め手とも言うべき従業員代表の比率および監査役会の決議方法などについても、統一会社法には明文の規定を設けておら

ず、そのいずれも定款の定めに従われている。また、複数の構成員による会議体の監査機関としての、構成員の職務分担および役割分担の決定権、監査報告書の作成権、関連する書類（たとえば取締役が提出する会計書類等）および報告の受取権などの最小限の権限とも言えるこれらの権限に関する規定も定められていない。したがって、現行会社法のもとでは、監査役会による組織監査の実現はきわめて困難であり、かような状況を打破し、監査役会による組織監査の機能を発揮させ、その効率を高めるために、今後の会社運営の実務の進展に合わせて日本の商法特例法上の監査役会に関する規定を参考に、監査役会の議事運営および組織監査に不可欠な権限に関する規定を設けて監査役会制度の法整備を急ぐ必要がある。

また、中国法上の株式会社の会計監査制度については、本論文のなかで述べたとおり、監査役会による会計監査のほか、会社内部の会計制度の確立による会計監督制、行政機関たる会計検査機関による会計検査制、公認会計士による会計監査制が導入され、いずれの会計監査にも会社決算期における会計監査が含まれているにもかかわらず、諸制度間の連携関係に関する規定がまったく設けられていないのは、株式会社の監査制度上の最大の問題の一つであると言わなければならない。日本法における監査役・監査役会と会計監査人との連携関係に関する規定を参考に、諸制度間の重複監査の問題を解決し、会計監査に関する情報の共同利用を可能にし、会社の負担を軽減させるためにも、諸制度間の連携を強化すべきであろう。

(二) 以上の分析からも明らかであるように、中国の改革開放以来の会社立法は、会社の所有者を代表する機関として株主総会を、そして会社の経営を行う機関として取締役会、会社の専属監査機関として監査役会を法定しているが、それぞれの基本的機能を保障するための個別・具体的かつ実効性のある権限についての規定が欠如しているという全体的な印象を受けざるを得ない。その原因は様々であると思われるが、一つ看過してはならないのは、いずれの会社

法規も、会社が政府および社会大衆からの監督を受けることを宣言しているほか、多くの会社法規が、会社の設立から新株の発行、会社の合併・分割、定款の変更、資本減少および解散における清算書類の承認などに至るまで多くの重要事項について政府の行政機関に監督および審査・認可権を認めていることである。法人自治制度を完全に確立し、会社所有者たる株主の法的地位を強化し、会社内部の諸機関の機能を保障し、とりわけ会社の自主的監督体制を確立して、所有者以外の立場からの行政機関による関与を緩和するのが今後の法整備上の最も重要な課題であろう。^⑦

〔注〕

(1) 統一会社法とその他の企業・会社法規との適用関係に関する詳細な議論については、王保樹「中国会社法の制定と会社運営上の留意点」判例タイムズ八五七号三九頁以下、清河雅孝「中国会社法の社会主義性(二)」——会社法と企業法との適用関係」産大法学二九卷三号四九頁以下、黄輝・虞建新「中国会社法の制定——その背景、制定過程、主な内容、および若干の問題について」名古屋大学法政論集一五九号二二四頁以下など参照。

(2) 清河・前掲(注1)六九頁以下。

(3) 酒巻俊雄「中国の会社法と会社制度——日本法との比較について」代行政リポート一一一号一頁。

(4) 王保樹・前掲(注1)四三頁以下。

(5) 酒巻俊雄「中国会社法の基本的構造とその検討」判例タイムズ八五七号四六頁。

(6) 志村治美「中国会社法の成立」ジュリスト一〇四二号一一〇頁。

(7) 日本では、国家による監督体制と会社の自主的監督体制の確立の関係について、歴史的比較法的に見た場合、株式会社法制度における監督機関の登場は、準則主義の導入、すなわち国家による後見監督的コントロールからセルフコントロールないし自主的監視体制への、株式会社に対する法的コントロールシステムの大転換ときわめて密接に結びついていたことを確認することができる^⑧と強調する見解がある。これについて、新山雄三「監査制度の法的位置づけと比較法」商事法務一二九六号三六頁。